

نَتَائِجُ الْإِفْكَانِ

فِي كَشْفِ الرَّمُوزِ وَالْأَسْرَارِ

لِشَيْخِ الدِّينِ أَحْمَدَ بْنِ قُودَرٍ
المعروف بقاضى زاده أفندى قاضى عسكر روملى
وهى تكملة "فتح القلندر"
للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفى

على
المُهَدَّيَةِ: شرح بداية المبتدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

- ١ - شرح العناية على المهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود البابرى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى جلبي وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

الجزء التاسع

شركة مكتبة و مطبعة دار طبع العلم
محمد محمود الحساينى وشركاه - خلفه

الطبعة الأولى

١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م

حقوق الطبع محفوظة للناسخ

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(كتاب العارية)

قال (العارية جائزة) لأنها نوع إحسان ، وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان ،
(وهي تملك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول : هو إباحة الانتفاع بملك الغير ،

(كتاب العارية)

قد مرّ وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديع ، ثم إنه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة ، أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح : العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب ، والعارية مثل العارية انتهى . وقال المطرزي في المغرب : العارية أصلها عورية فعلية منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة كالغارة من الإغارة وأصلها من العار العيب أو العري خطأ انتهى . وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو المعول عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها . وفي القاموس والمغرب : وقد تخفف العارية . وفي الميسر قيل : هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء ، ولهذا كانت الإعارة في الكيل والموزون قرضا ، لأنه لا ينقض بها إلا باستهلاك العين فلا تعود النوبة إليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة ، وإنما تعود النوبة إليه في مثلها . وأما شريعة فقال عامة العلماء : هي عبارة عن تملك المنافع بغير عوض . وقال الكرخي والشافعي : هي عبارة عن إباحة الانتفاع

(كتاب العارية)

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله . ومن عجائبها دفع حاجة المحتاج . قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب ، فكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء . واختلف في تعريفه اصطلاحا فقال عامة العلماء (هي تملك المنافع بغير عوض . وكان الكرخي يقول : هي إباحة الانتفاع بملك الغير) قيل وهو قول الشافعي .

(كتاب العارية)

قال المصنف (وهي تملك المنافع ، إل قوله : يقول هو إباحة الانتفاع) أقول : كان المناسب أن يقول في الأول هو لتذكير الغير

لأنها تتعقد بلفظة الإباحة ، ولا يشترط فيها ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التملك ولذلك يعمل فيها الهبة ، ولا يملك الإجارة من غيره ، ونحن نقول : إنه ينبئ عن التملك ، فإن العارية من العرية وهى العطية ولهذا تتعقد بلفظ التملك ، والمنافع قابلة للملك كالأعيان . والتملك نوعان : بعوض ، وبغير عوض . ثم الأعيان تقبل النوعين ، فكذلك

بملك الغير ، وسيأتى دليل الطرفين فى الكتاب (قوله ونحن نقول إنه ينبئ عن التملك فإن العارية من العرية وهى العطية ولهذا تتعقد بلفظ التملك الخ) أقول : فيه بحث من وجهين : أحدهما أن للخصم أن يمنع كون العارية من العرية التى هى العطية ، ويقول بل هى من العار كما ذكر فى الصحاح ، أو من العارة كما ذكر فى المغرب ، أو من التعاور كما ذكر فى المبسوط . وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت إنشاء لفظ العارية عن التملك . وثانيهما أن للخصم أن يقول انقضاء العارية بلفظ التملك لا يدل على كونها بمعنى التملك دون الإباحة لجواز أن يكون لفظ التملك هناك مستعاراً للمعنى الإباحة لعلاقة لزوم الإباحة للتملك كما قلّم فى الجواب عن انقضاءها بلفظة الإباحة إن لفظة الإباحة استعيرت للتملك على ما سيأتى فى الكتاب . وقال صاحب العناية : فيه بحث من أوجه : الأول أنه استدلال فى التعريفات وهى لا تقبله ، لأن المعروف إذا عرف شيئاً بالجامع والمنافع ، فإن سلم من النقض فذلك ، وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن ، وأما الاستدلال فلأنما يكون فى التصديقات . والثانى أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح ، لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعى وموضعه أصول الفقه . والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعى متعدياً إلى فرع هو نظيره ، والمنافع ليست نظير الأعيان ، إلى هنا كلامه . أقول : كل واحد من أوجه

قال (لأنها تتعقد بلفظ الإباحة ، ولا يشترط فيها ضرب المدة ، والهبة يعمل فيه ولا يملك الإجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها إباحة . أما الأول فلأن التملك لا يتعقد بلفظ الإباحة . وأما الثانى فلأن التملك يقتضى أن تكون المنافع معلومة لأن تملك المجهول لا يصح ولا يعلم إلا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تملكها للمجهول . وأما الثالث فلأن المعير يملك الهبة عن الاستعمال ، ولو كان تملكها لما ملكه كالأجير لا يملك نهى المشتاجر عن الانتفاع . وأما الرابع فلأن المشتاجر يجوز أن يؤجر المشتاجر لملكه المنافع ، فلو كانت الإجارة تملكها لجاز له ذلك كما فى الإجارة والهبة (وقال عامة العلماء : إنها ينبئ عن التملك ، فإن العارية من العرية وهى العطية) وهى إنما تكون تملكها (ولهذا تتعقد بلفظ التملك) مثل أن يقول ملكتك متعة دارى هذه شهرا وما يتعقد بلفظ التملك فهو تملك . فإن قيل : المنافع أعراض لا تبنى فلا تقبل التملك . أجاب بقوله (والمنافع قابلة للملك كالأعيان) وينبئ على ذلك قوله (والتملك نوعان : بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الأعيان تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه : الأول أنه استدلال فى التعريفات وهى لا تقبله : لأن المعروف إذا عرف شيئاً بالجامع والمنافع ، فإن سلم من النقض فذلك ، وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن . وأما الاستدلال فلأنما يكون فى التصديقات . والثانى أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح ، لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعى وموضعه أصول الفقه . والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعى متعدياً إلى فرع هو نظيره ، والمنافع ليست نظير الأعيان . ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظى أو رسمى ، فإن كان الأول فما ذكر فى بيانه يعمل لبيان المناسبة لاستدلالاً على ذلك ، وإن كان الثانى جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية ، ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير

وحتى (قوله ويمكن أن يجاب عنها بهذا التعريف إما لفظى أو رسمى ، فإن كان الأول فما ذكر فى بيانه يعمل لبيان المناسبة لاستدلالاً) أقول : ولا يخفى أن التعريف اللفظى يقبل الاستدلال لكونه تصديقاً لا تصورياً (قوله ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ) أقول : أنت تعلم أن حكم الشيء لا يعمل عليه بالمواطأة (قوله كان سالماً من الشكوك) أقول : أما من الأول فسلم ، وأما من الأخيرين فلا .

المنافع ، والجامع دفع الحاجة ، ولقطة الإباحة استعيرت للملك ، كما في الإجارة ، فإنها تتعقد بالقلة الإباحة ، وهي تملك ،

بحته ساقط . أما الأول فلأن ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المرف ، كأن يقال هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق ، ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال . وقد صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الواردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة إنما تورد على الأحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لاعلى نفس التعريفات التي هي من التصورات ، ولاريب أن أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك . وأما الثاني فلأن المصنف لم يقصد إثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع تملك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات ، بل أراد إثبات قبول المنافع لنوعى التملك بالقياس على قبول الأعيان لها ، وقصد بإثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لا تبنى فلا تقبل التملك كما صرح به الشارح المذكور . ولا يخفى أن قبول الأعيان لنوعى التملك حكم شرعى ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته إلى قبول المنافع لها أيضا . وأما الثالث فأنه إن أراد بقوله والمنافع ليست نظير الأعيان أنها ليست نظيرها من كل الوجه فهو مسلم ، ولكن لا يجدي نفعاً إذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك القرع مع الأصل في جميع الجهات ، بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في أصول الفقه ، وإن أراد أنها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع ، فإن علة الحكم الذي هو القبول لنوعى التملك فيها نحن فيه إنما هي دفع الحاجة ، وهما أى الأعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة . ثم قال : ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي ، فإن كان الأول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالاً على ذلك ، وإن كان الثاني جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية انتهى . أقول : وفيه بحث من أوجه : الأول أن هذا التعريف إن كان لفظياً كان قابلاً للاستدلال عليه ، إذ قد تقرر في محله أن مآل التعريف القطعي إلى التصديق ، والحكم بأن هذا اللفظ يلزم ذلك المعنى فلذلك كان قابلاً للمنع ، بخلاف التعريف الحقيقي إذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقض فلا معنى لقوله فإن كان الأول ، فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالاً على ذلك . والثاني أنه قد تقرر في موضعه أيضاً أن التعريف الرسمي الذي بالخواص إنما يكون بالخواص اللازمة للينة ، ولا شك أن اللوازم البينة لاحتجاج إلى البيان فلا وجه لقوله وإن كان الثاني جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية . والثالث أن الظاهر أن ضمير عنها في قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع إلى وجه بحثه مع . أن ما ذكره في الجواب على تقرير تمامه إنما يكون جواباً عن الوجه الأول من تلك الأوجه دون غيره كما لا يخفى على القطن . ثم قال : ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالماً من الشكوك ، وليس في كلام المصنف ما ينافي ظاهراً فالجمل عليه أولى انتهى . أقول : فيه نظر . أما أولاً فأنه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقى البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله كان سالماً من الشكوك . وأما ثانياً فلأن قول المصنف هي تملك المنافع بغير عوض يحمل التملك عليها بالمواطأة ينافي ظاهراً كون المذكور في الكتاب حكم العارية ، إذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافي ظاهراً . وأمثالاً فلأن توجيه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال : واختلف في تعريفها اصطلاحاً ، فقال عامة العلماء : هي تملك المنافع بغير عوض . وكان الكرخي يقول : هي إباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى . فإن توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها . وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالماً من الشكوك : أما من الأول فسلم ، وأما من الآخرين فلا انتهى . أقول : سلامته من الثاني أيضاً ظاهر إذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعاً لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى ينتج على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح

عوض كان سالماً من الشكوك ، وليس في كلام المصنف ما ينافي ظاهراً فالجمل عليه أولى (قوله ولقطة الإباحة) جواب عن قول الكرخي إنها تتعقد بلفظ الإباحة . وجهه أن ذلك مجاز كما أن الإجارة تتعقد بلفظ الإباحة ، ولا نزاع في كونها تملكاً

والجهالة لانقضى إلى المنازعة لعدم الزوم فلا تكون ضائرة ، ولأن الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع ، وعند ذلك لاجهالة ، والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ، ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما تذكره إن شاء الله تعالى . قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) لأنه مستعمل فيه

(قوله والجهالة لانقضى إلى المنازعة لعدم الزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التملك . ووجهه أن الجهالة المقضية إلى النزاع هي المانعة ، وهذه ليست كذلك لعدم الزوم فلا تكون ضائرة ، كذا في الشروح . قال صاحب الكافي في تقرير هذا المثل : وإنما صحت العارية مع جهالة المدة ، وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لانقضى إلى المنازعة لأن المعير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لانقضى إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه . أقول : فيه نوع خلل لأن قوله وإنما صحت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة ، وإن اعترفوا بعدم صحة التملك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يثبت هذا الكلام جواباً عن قول الخصم : ومع الجهالة لا يصح التملك لأن مقصوده به الاستدلال على أن العارية هي الإباحة دون التملك لاعتبار أنها غير صحيحة مع الجهالة : فالأولى في العبارة أن يقول : وإنما صحت العارية مع جهالة المدة وإن كانت هي التملك ، لأن هذه الجهالة لانقضى إلى المنازعة الخ تأمل (قوله وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه : أي حقيقة في عقد العارية ، وفي تفسير قوله مستعمل فيه : أي مجاز فيه ، ثم قال : وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول ، فلا فرق إذا بين العارين ، والجواب : كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز ، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل : أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة إلى هنا كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال : فيه تأمل ، فإن تخصيص الأولى بكونها صريحة يومئ أن الثانية ليست كذلك فلا تنحصر مادة الإشكال انتهى . أقول : هذا ساقط لأن الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التملك . ووجهه أن الجهالة المقضية إلى النزاع هي المانعة ، وهذه ليست كذلك لعدم الزوم . ووجه آخر أن الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لاجهالة . وقوله (والنهي منع عن التحصيل) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه . ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تملك بل من حيث أنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعد ، وله ذلك لكونها عقداً غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير : أي وقت شاء كما في الهبة . وقوله (ولا يملك الإجارة) جواب عن قوله ولا يملك الإجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ماسيحيه ، هذا ما يتعلق بتفسير ما أوحكها . وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها . وسببها ما مر مراراً من التعاضد المحتاج إليه المدين بالطبع ، وهي عقد جائز لأنه نوع إحسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم جروعا من صفوان ، وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به . قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الألفاظ التي تعتقد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه : أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه . قيل أي مجاز فيه ، وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول ، فلا فرق إذا بين العارين . والجواب : كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل : أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب : أي أعطيتك المنحة وهي الناقصة : أي أو الشاة يعطى الرجل

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول : فيه بحث (قوله فلا فرق إذا بين العارين) أقول : أي أعرتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح ، لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز ، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل : أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول : فيه تأمل ،

زومنتك هذا الثوب وحلتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة (لأنها لتملك العين ، وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تملك المنافع تجوزاً . قال (وأخذمتك هذا العبد) لأنه أذن له في استخدامه (ودارى لك سكناً) لأن معناه سكنها لك (ودارى لك عمرى سكناً) لأنه جعل سكنها له مدة عمره ، وجعل قوله سكناً تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره . قال (وللمعبر أن يرجع في العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة والعارية مؤداة » ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه . قال (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدل لم يضمن) وقال الشافعي : يضمن ، لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق فيضمنه ، والإذن

في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والحجاز المتعارف كما عرف في موضعه ، وأراد المصنف بالصريح هاهنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره في مقابلة كما بينه صاحب العناية ، فإن أراد ذلك البعض أن تخصيص الأولى بكونها صريحة يومهم أن الثانية ليست كذلك : أى ليست بصريحة بالمعنى الذى ذكره علماء الأصول فهو ممنوع ، وإنما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على أنه أراد بالصريح هاهنا معنى الحقيقة وليس فليس ، وإن أراد أن تخصيص الأولى بذلك يومهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ، ولكن لا إشكال فيه حتى لا تنحسم مادته (قوله ومنحك هذا الثوب وحلتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب الكافي : كان ينبغي أن يقول : إذا لم يرد بهما بدليل التحليل . وقال : ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى - عوان بين ذلك - انتهى . وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب : قلت : المذكور شيان أحدهما قوله ومنحك هذا الثوب ، والآخر حلتك على هذه الدابة انتهى . أقول : مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه ، فإن الشئين هو الثاني دون الأول . ومبنى التأويل هاهنا وفي قوله تعالى - عوان بين ذلك - هو الأول ، وهو شئ واحد لا محالة فلا غبار في الجواب . لا يقال : يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب . لأننا نقول : كون المذكور شيئين مع كونه غنياً عن البيان جداً يأتى عنه قطعاً ذكره لفظة قلت سبباً بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوى الألباب

الرجل ليشر من لبنها ثم يردّها إذا ذهب درهما ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئاً منج ، وحلتك على هذه الدابة إذا لم يرد به : أى بقوله هذه الهبة لأنها لتملك العين عرفاً ، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تملك المنافع تجوزاً من حيث العرف العام وأخذمتك هذا العبد لأنه أذن له في الاستخدام وهى العارية ، ودارى سكناً لأن معناه سكنها لك وهى العارية ، ودارى لك عمرى سكناً لأنه جعل سكنها له مدة عمره ، وجعل قوله سكناً تفسيراً لقوله لك لأنه منصوب على التمييز من قوله لك ، لأن قوله لك يحتمل تملك العين وملك المنفعة ، فإذا ميزه تعين في المنفعة فحمل الكلام عليه : أى على تملك المنافع بدلالة آخره حل المحتمل على الحكم ، وللمعبر أن يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم « المنحة مردودة والعارية مؤداة » ووجه الاستدلال ظاهر ، وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة ، وفيه زيادة مبالغة في أن العارية مستحق الرد ، ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتملك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض ولا يملك إلا به فصح الرجوع عنه . قال (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدل لم يضمن الخ) إن هلكت العارية ، فإن كان بتعد كحمل الدابة مالا يحمله مثلها أو استعمالها استعمالاً لا يستعمل مثلها من الدواب أوجب الضمان بالإجماع ، وإن كان بغيره لم يضمن . وقال الشافعي : يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق ، فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة ، لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه . وقوله لاعتن استحقاق : أى لاعتن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه احتراز عن الإجارة ، فإن

فإن تخصيص الأولى بكونها صريحة يومهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة الإشكال (قوله مالا يحمله مثلها) أقول : الضمير في قوله يحمله راجع إلى ما (قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق فيضمن) أقول : ونحن نمنع الكبرى كما يظهر بالتأمل .

ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيها وراءه ، ولهذا كان واجب الردّ وصار كالمقبوض على سوم الشراء . ولنا أن اللفظ لا ينبي عن التزام الضمان لأنه لتعليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها ، والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه ،

(قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : ولهذا أى ولكون الإذن ضروريا كان واجب الردّ : يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء . فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق إذا هلك ضمن فكلنا هذا اه كلامه . أقول : حل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الإشارة إلى كون الإذن ضروريا ، واقتنى أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية . والحق عندي أنه إشارة إلى قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق ، فالمعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق كان واجب الردّ وصار كالمقبوض على سوم الشراء . وإنما كان هذا هو الحق عندي لوجهين : أحدهما أن الظاهر أن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الردّ ، فيمقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله يصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا إشارة إلى كون الإذن ضروريا ، ولكون الإذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء ، والظاهر أن الإذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء . وأما على تقدير أن يكون إشارة إلى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء . ولا شك أن الأمر كذلك في المقبوض على سوم الشراء . وثانيهما أن حديث كون الإذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لعدة في الاستدلال ، بخلاف قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق . ولا يخفى أن ما هو العملة في الاستدلال أحق بأن يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب الردّ وصار كالمقبوض على سوم الشراء ، ويؤيده أن صاحب الكافي أخر حديث كون الإذن ضروريا عن تفريع هذين الفرعين (قوله ولنا أن اللفظ لا ينبي عن التزام الضمان لأنه لتعليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية : في حل هذا المحل : يعنى أن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن وليس شيء من ذلك بموجب له ، أما العقد فلأن اللفظ الذي يتعبد به العارية لا ينبي عن التزام الضمان لأنه لتعليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على اختلاف القولين ، وما وضع لتعليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه . وأما القبض فلأنما يوجب الضمان إذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه . وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع لأن إذن المالك في قبض الشيء ينشئ الضمان فكيف يضاف إليه اه كلامه . أقول : لا يذهب عليك أن إحتمال كون الإذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال أحد أصلا ، ولهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقرير حجتنا في هذه المسئلة ،

المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقص قبل مضي المدة بلون رضاه . فإن قيل : هو قبض بإذنه ومثله لا يوجب الضمان . أجاب بقوله والإذن ثبت ضرورة الانتفاع ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال ، فإن هلك فيها فلا ضمان ، وإن هلك في غير هالم يظهر فيه الإذن لكونه وراء الضرورة ، ولهذا أى ولكون الإذن ضروريا كان واجب الرد : يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق إذا هلك ضمن فكلنا هذا . ولنا أن اللفظ لا ينبي عن التزام الضمان : يعنى أن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن ، وليس شيء من ذلك بموجب له . أما العقد فلأن اللفظ الذي يتعبد به العارية لا ينبي عن التزام الضمان لأنه لتعليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على اختلاف القولين ، وما وضع لتعليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه . وأما القبض فلأنما يوجب الضمان إذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه .

(قوله فلأن اللفظ الذي يتعبد به العارية الخ) أقول : فيه بحث (قوله وما وضع لتعليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه) أقول : لم يتعرض للإبادة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى .

والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدّياً ، وإنما وجب الرد مؤنة مكنته المستعار فإنها على المستعير لا لنقص القبض . والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد ، لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه . قال (وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره ؛ فإن أجره فعط بضمن) لأن الإعارة دون الإجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ، ولأننا لو صححناه لايصح إلا لازماً ، لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير ، وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة

فلرج الشارح المزبور إياه في احتمالات إيجاب الضمان ونسبته ذلك إلى المصنف بقوله يعنى خروج عن سنن الصواب (قوله والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدّياً) جواب عن قول الشافعي والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيها وراه . وتقريره القول بالموجب : يعنى سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع ، لكن القبض أيضاً لم يكن إلا للانتفاع فلم يكن ثم تعدّ ولا ضمان بدونه ، كذا في العناية وغيرها . أقول : للحصم أن يقول إذا لم يكن القبض أيضاً إلا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقلدة بقلد الضرورة ، والضرورة إنما هي في حالة الاستعمال ، فإن هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا . وأما إذا هلكت في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكون هلاكها فيها وراه الضرورة . فلا يظهر في الجواب عن قول الشافعي والإذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيها وراه طريقة المنع لا القول بالموجب ، وقد أنصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال : والجواب عن قوله والإذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع . قلنا : لما مست الحاجة والضرورة إلى إظهار الإذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة إلى إظهار الإذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضاً وهي حالة الامساك ، لأن الإنسان إنما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ، ولا ينتفع بملك نفسه آناه الليل وأطراف النهار ، وإنما ينتفع بها ساعة ويمسك أخرى ، ولو انتفع بالعارية دائماً يضمن كما إذا ركبها ليلاً ونهاراً فيها لا يكون العرف كذلك ، فثبت أن القبض في غير حالة الانتفاع أيضاً مأذون فلا يوجب الضمان ، إلى هنا كلامه . وأشير إلى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومراجع الدراية أيضاً فتبصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء . قال صاحب العناية : وتقريره أنه ليس بمضمون

وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع ، لأن إذن المالك في قبض الشيء يبنى الضمان فكيف يضاف إليه (قوله والإذن) جواب عن قوله والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيها وراه : يعنى أنه لم يتناول العين فإنه ورد على المنفعة نصاً ولم يتعد إلى العين ، وتقريره القول بالموجب : يعنى سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع ، لكن القبض أيضاً لم يكن إلا للانتفاع فلم يكن ثم تعدّ ولا ضمان بدونه (قوله وإنما وجب الرد مؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد . وتقريره أن وجوب الرد لا يلبس على أنه مضمون لأنه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كمنفعة المستعار فإنها على المستعير ، وليس لقد القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان ، بخلاف القصب فإن الرد فيه واجب فتقص القبض لكونه بلا إذن ، فلماذا يوجب الرد وجب الضمان . وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء . وتقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد ، لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان . فإن قيل : سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد ، ولكن لا عقد هاهنا . أجب بأن العقد وإن كان معلوماً حقيقة جعل موجوداً تقديرًا صيانة لأموال الناس عن الضياع ، إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجاناً ، ولأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة إليه فأقيمت مقام الحقيقة نظراً له ، إلا أن الأصل في ضمان المعقود هو القيمة لكونها مثلاً كاملاً ، وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة وإذا لم يوجد صير إلى الأصل ، وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف ، وقيل كتاب الإجازات من المبسوط . قال (وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره) (ج) وليس للمستعير أن يؤجر المستعار ، فإن أجره

الإجارة فأبطلناه ، وضمنه حين سلمه ، لأنه إذا لم تتناوله العارية كان غصباً ، وإن شاء المير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ، ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه أجاز ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر يرجع على المأجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور ، بخلاف ما إذا علم . قال (وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي : ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل ، والمباح له لا يملك الإباحة ، وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معلومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة هاهنا . ونحن نقول : هو تملك المنافع على

بالقبض بل بالعقد ، لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه . أقول : لا يخفى على ذي فطنة أن تحريره هنا في تقرير الجواب غفل في الظاهر ، لأن الضمير المستتر في فصار راجع إلى المأخوذ بالعقد ، فيصير المعنى : فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل . ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله لأن المأخوذ بالعقد على الملازمة ، وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية ، فيصير معنى كلامه : لأن المأخوذ بملازمة العقد : أي ما كان متعلقاً بالعقد بأن كان من مبادئه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيقول إلى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم إن الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء ، إذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا يجتهد اه . ثم أقول : لا حاجة في حل كلام المصنف هاهنا إلى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت ، بل له حملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل : أحدهما أن يكون معنى قوله لأن الأخذ في العقد له حكم العقد ، لأن الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتاممه ، على أن يكون الأخذ من أخذه فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه . وثانيهما أن يكون معناه لأن الأخذ في العقد : أي المأخوذ لأجل العقد له حكم العقد ، على أن تكون كلمة « في » في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى - فذلكن الذي لمتني فيه - وقوله عليه الصلاة والسلام « إن امرأة دخلت النار في هرة حبستها » على ما صرح به في معنى اللب ، فالأخذ حينئذ من أخذه بمعنى تناوله . ثم قال صاحب العناية أخذاً من غاية البيان : فإن قيل : سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد هاهنا . أجيب بأن العقد وإن كان معلوماً حقيقة جعل موجوداً تقديراً لصيانة الأموال الناس عن الضياع إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجاناً اه . أقول : لا يذهب على ذي فطنة سليمة أن السؤال المذكور لا يتوجه هاهنا أصلاً ، إذ لا يقتضي أن يكون للأخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد ، بل يقتضي عدم تحققه ، إذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للأخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد هاهنا . ثم إن الجواب المزبور منظور فيه ، لأنه وإن كان في جعل العقد موجوداً تقديراً لصيانة المال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري ، إذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطرابه وقد أخذه من يد ماله بإذن ، فإذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي أداه من ملكه مجاناً : أي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لأحد المتأخذين في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) قال عامة الشراح : كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة . وقال في النهاية ومعراج الدراية : كذا ذكره

فقطب ضمن لوجهين : أحدهما أن الإعارة دون الإجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه . والثاني أننا لو صححناه فلما أن يكون لازماً أو غير لازم ، ولا سبيل إلى شيء من ذلك . أما الثاني فلأنه خلاف مقتضى الإجارة فإنه عقد لازم فانهقاده غير لازم . وعكس الموضوع . وأما الأول فلأنه حينئذ يكون بتسليط المير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فيكون عقد الإعارة لازماً ، وهو أيضاً خلاف موضوع الشرع ، وفيه زيادة ضرر بالمير فأبطلناها ، وإذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصباً فيضمن حين سلم والمير بالتنازل إن شاء ضمن المستأجر لأنه قبضه لنفسه بغير إذن المالك ،

ما ذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة ، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإعارة فتجعل كذلك في الإعارة دفعا للحاجة ،

في النظائر الإمام القرافي . أقول : في أكثر هذه الأمثلة إشكال : أما في مثال الحمل فلأنه وإن كان مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت انتهى ، إلا أنه مخالف لما سيجيء في كتاب الإيجارات في باب ما يجوز من الإعارة وما لا يجوز من أن يحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل . وحكمه كحكمهما عند الإطلاق والتصيد كما ستطلع عليه . وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب العارية إنه مما لا يتفاوت ، وقالوا في كتاب الإيجارات إنه مما يتفاوت ، وبمن ظهرت المخالفة جدا بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي ، فإنه قال هاهنا : سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة . وقال في الإيجارات : يقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل ، فالمر بين لا يصير المقود عليه معلوما فلا يحكم بنجواز الإعارة انتهى . وأما في مثال الزراعة فلأنه سيأتي في كتاب الإيجارات في الباب المزبور أنه لا يصبح عقد الإعارة في استئجار الأراضي للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها ، لأن ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة . ولا يخفى أن المفهوم منه أن الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل ، وعن هذا مثل الإمام الزليعي لما يختلف باختلاف المستعمل فيها نحن فيه بأمثلة وعدة منها الزراعة حيث قال : كاللبس والركوب والزراعة . وأما في مثال السكنى فلأن سكنى الحداد والقصار يضرب بالبناء دون سكنى غيرها ، ولهذا لا يدخل سكانها في استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الإيجارات ، فكان السكنى أيضا مما يختلف باختلاف المستعمل . ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الإضرار بالبناء أثر الحدادة والقصار لا أثر السكنى ، لأن مجرد السكنى لا يؤثر في انهيار البناء فيضاف الانهيار إلى الحدادة والقصار كما بينه صاحب النهاية في كتاب الإعارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه ، والمثال هاهنا إنما هو نفس السكنى فلا إشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإعارة فتجعل كذلك في الإعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابلة للملك . وتقديره لانسلم أنها غير قابلة للملك فإنها تملك بالعقد كما في الإعارة فتجعل في الإعارة كذلك دفعا للحاجة ، كذلك في العناية وغيرها ، فيه بحث لأن حاصله القياس على الإعارة ، وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليقه : وإنما جعلناها موجودة في الإعارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة : يعني أن علة اعتبار المنافع المعلومه قابلة للملك في الإعارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الإعارة لاندفاع حاجتهم بالإباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جوابا عنه ، اللهم إلا أن يقال : الناس كما يحتاجون إلى الانتفاع بالشيء لأنفسهم كذلك يحتاجون إلى نفع غيرهم بذلك الشيء ، وعند كون الإعارة إباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الأخرى ، فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت إلى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما

وإن شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب . ثم إن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه أجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر رجع على المؤجر إذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الضرر ، بخلاف ما إذا علم . وللمستعير أن يعير المستأجر إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة . وقال الشافعي : ليس له أن يعيره لأنها إباحة المنافع على مامر ، والمباح له لا يملك الإباحة ، وهذا أي كون الإعارة إباحة لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معلومة ، وإنما جعلت موجودة في الإعارة للضرورة ، وقد اندفعت في الإعارة بالإباحة فلا يصار إلى التملك . ولنا أنها تملك المنافع على مامر فيضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز أن يعير تملكه المنفعة (قوله والمنافع اعتبرت قابلة) جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك . وتقديره لانسلم أنها غير قابلة للملك فإنها تملك بالعقد كما في الإعارة فتجعل في الإعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه . فإن قيل : لو كانت تملك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف

وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضى باستعماله لا باستعمال غيره : قال العبد الضعيف : وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة . وهى على أربعة أوجه : أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع والمستعير فيه أن ينفع به أى نوع شاء فى أى وقت شاء عملا بالإطلاق . والثانى أن تكون مقيدة فيها وليس له أن يجاوز فيه مسماه عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو إلى خير منه والخنطة

فى الإعارة . قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف هاهنا وقد مرّ الكلام فيه . أقول : لم يمرّ منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة التى أوردتها فى صدر كتاب العارية ، ودفعنا كله هناك لكنه ليس بمتشّ هنا ، لأن حاصله أن قياس المتافع على الأعيان ليس بتمام ، لأن من شرط القياس كون الفرع نظير الأصل والمنافع ليست نظير الأعيان ، ولا شك أن القياس والمقيس عليه فاحن فيه كلاهما من قبيل المتافع فكان الفرع نظير الأصل قطعاً (قوله وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة) قال عامة الشراح : أى ما ذكر من ولاية الإعارة للمستعير إذا صدرت الإعارة مطلقة . أقول : فيه إشكال ، لأن المذكور فى الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ، فعنه أن للمستعير ولاية الإعارة فيما إذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل . وقد تقرر فى عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الإعارة للمستعير بما إذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل إنما هو إذا صدرت الإعارة مقيدة بأن ينفع به المستعير بنفسه ، وأما إذا صدرت الإعارة مطلقة للمستعير ولاية الإعارة مطلقاً : أى سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل أو مما لا يختلف ، وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الخفية حتى المصنف نفسه حيث قال فى آخر هذه المسئلة : فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا يتفاوت ، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً له . فقول المصنف وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الإشارة إلى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر إنما يتم لو لم يكن ما ذكر فى الكتاب فيما قبل مقيداً بقوله إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل . ولما كان ذلك مقيداً به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن يقول هذا إذا صدرت الإعارة مقيدة على مقتضى مانصوا عليه قاطبة كما بيناه . والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار إليه بكلمة هذا الواقعة فى كلام المصنف بما ذكروا ، ولم يتعرضوا لما فيه من الإشكال مع ظهوره جلياً . ثم إن الشارح تاج الشريعة كأنه تنبه للمحذور الذى ذكرناه فقال فى شرح قول المصنف : وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة الإشارة لاتعود إلى المسئلة المتقدمة بل إلى أن للمستعير أن ينفع بالعارية ما شاء إذا أطلقت العارية اه . أقول : هذا الذى ذكره هذا الشارح وجعله مابعد إليه الإشارة بما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشاراً إليه بكلمة هذا الواقعة فى كلام المصنف هاهنا ، ولا يشار باسم الإشارة لا إلى المحسوس المشاهد ، أو إلى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر فى موضعه ، فكأنه هرب عن ورطة ووقع فى ورطة أخرى أشد من الأولى . والإنصاف أن المصنف لو ترك قوله وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وشرع فى الكلام الذى بسطه بأن يقول والإعارة على أربعة أوجه لكان أحرى ، ولقد أحسن صاحب الكفاى فى هذا المقام حيث قال أولاً : وله أن يعير ، وذكر خلاف الشافعى وبين دليل الطرفين . ثم قال : ثم هذه المسئلة على وجهين : إما أن حصلت الإعارة مطلقة فى حق المتعير بأن أعار ثوباً لليس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل ، وفى هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيئاً يتفاوت الناس فى الانتفاع به كالليس فى الثوب والركوب فى الدابة أو لا يتفاوتون فى الانتفاع به كالحمل على الدابة عملاً بإطلاق اللفظ ، وإن حصلت الإعارة مقيدة بأن استعار لليس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعير فيما لا يتفاوت الناس فى الانتفاع به كما فى الحمل ، وليس

كالمالك . أجاب بقوله وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضى باستعماله لا باستعمال غيره ، وقال هذا أى ما ذكر من ولاية الإعارة للمستعير (إذا صدرت الإعارة مطلقة) فوجب أن يبين أقسامها فقال (وهى على أربعة أوجه) وهى قسمة عقلية (أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع . والثانى أن تكون مقيدة فيها . والثالث أن تكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة فى حق الانتفاع . والرابع بالعكس) فالمستعير فى الأول أن ينفع به أى نوع شاء فى أى

مثل الحنطة ، والشعير خير من الحنطة إذا كان كيلا . والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سواه ، فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت ، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه ، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لأنه تعين الإركاب . قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لأن الإعارة تملك المنافع ، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فاقضى تملك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناها فيثبت ، أولأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العین فأقيم رد المثل مقامه . قالوا : هذا إذا أطلق الإعارة ،

له أن يعير فيها يفاوت الناس في الانتفاع به كالليس والركوب . ثم قال : وهذا هو الكلام في إعارة المستعير . وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه ، فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الأربعة (قوله إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو إلى خير منه) كن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة أخرى أو حل عليها قفيزا من شعير ، وفي القياس يضمن لأنه مخالف ، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه . وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعين الحنطة ، إذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ، ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة ، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا كذا في العصاية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : ما ذكرنا في وجه الاستحسان متفرض بالوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار فإنه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به ، مع أن ما ذكرنا في وجه هذا الاستحسان هاهنا جار هناك أيضا يعني أن ينفذ بيعه أيضا فتأمل (قوله أولأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العین فأقيم رد المثل مقامه) أقول : يرى هذا التعليل خالفا عن التحصيل ، لأن حقيقة الإعارة متضبة

وقت شاء علما بالإطلاق . وفي الثاني ليس له أن يتجاوز فيه ما سواه من الوقت والمنفعة (إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك) كن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة أخرى (أو إلى خير منه) كما إذا حل مثل ذلك شعيرا استحسانا . وفي القياس يضمن لأنه مخالف ، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه . وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعين الحنطة ، إذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ، ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا (وفي الثالث والرابع ليس له أن يتعدى ما سواه من الوقت والنوع) وعلى هذا (فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت) وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا ، لأنه لما أطلق كان له التعيين . حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له أن يركب غيره وبالعكس كذلك ، فلو فعله ضمن لتعين الركوب في الأول والإركاب في الثاني) وهذا الذي ذكره اختيار فخر الإسلام . وقال : غيره : له أن يركب بعد الإركاب ويركب بعد الركوب ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وشيخ الإسلام . قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض الخ) إذا استعار الدراهم فقال له أعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة أن يقول أقرضتك ، وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لأن الإعارة تملك المنفعة ، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ، فكان ذلك تملك العين اقتضاء ، وتملك العين إما بالهبة أو القرض ، والقرض أدناها لكونه متيقنا به . قيل لأنه أقل ضررا على المعطى لأنه يوجب رد المثل ، وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا ، ولأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العین وقد عجز عن رده فأقيم رد المثل مقامه . قال المشايخ : هذا إذا أطلق الإعارة . وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة ، فصار كما إذا استعار آنية ليتجمل بها أو سيفا على يقلده ، يقال عايرت المكنائيل أو الموازين إذا قايستها ، والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى ،

وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة وصار كما إذا استعار آنية يتحمل بها أوسيفا على يتقلده . قال (وإذا استعار أرضا ليبني فيها أو ليغرس فيها جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء الغرس) أما الرجوع فلما بينا ، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة . وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ، ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتفر غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خاف الوعد

في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود ، إذ قد صرحوا في صلب كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه ، وأن الأشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الإعارة فيها فجعلناها كتابة عن القرض ، وكذا حكم الإعارة متتفي في عارية الأشياء المذكورة ، إذ قد صرحوا بأنها مضونة بالهلاك من غير تعدد من القايض ، فإذا لم تتحقق حقيقة الإعارة ولا حكمها في عارية هذه الأشياء فلا تأثير فيها أصلا لأن يكون من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين ولا إقامة رد المثل مقام رد العين . نعم يفهم من مضمون هذا التعاليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لأن يحمل لفظ الإعارة في مستلث هذه مجازا أو كناية عن معنى الإقراض ، ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لأن يكون علة لأصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فطليح بالتأمل الصادق (قوله) وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة (أقول) لقاتل أن يقول : المفهوم من هذا الكلام إمكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا أيضا فكيف يتم ما ذكر سابقا من أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ؟ . ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقا بناء على الأكثر الأغلب ، فالمراد أنه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الأعم الأغلب إلا باستهلاك عينها ، فيدار الحكم عند الإطلاق على ما هو الأغلب ، وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تملك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك . فإن قلت : عبارة المصنف لتساعد التوجيه الذي ذكرته فإن الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء إمكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها . قلت : يمكن حل الحصر

وإذا استعار أرضا لبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكلف قلع البناء والغرس . أما الجواز فلأن هذه المنفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة دفعا للحاجة . وأما الرجوع فلما بينا ، يعني به قوله وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة ، وأما التكليف فلأن الرجوع إذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ، ثم إن المعير إما أن وقت العارية أو لم يوقت ، فإن لم يوقت فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتفر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد إطلاق العقد وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد ، وإن كان وقت العارية فيرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ، ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقت له ، إذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه . فإن قيل : الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر ، والإعارة ليست كذلك . أجب بأن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى . وتقرير كلامه ابن في هذه الأرض بنفسك على أن أتركها في يديك إلى مدة كذا ، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك بقربته حاله ، وذلك لأن كلام الماقل محمول على الفائدة ما أمكن ، وحيث كانت الإعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فائدة للذكر الوقت وذلك ما قلنا . ووجه قوله ما ناقص البناء والغرس أن ينظر كم تكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته : يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة

(قوله وإن كان وقت العارية) أقول : معطوف على قوله فإن لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر)

(وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) لأنه مغرور من جهته حيث وقت له ، والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه ، كذا ذكره القنودى فى المختصر . وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له ، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه . قالوا : إذا كان فى القلع ضرر بالأرض فالتحيز إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والتزجيج بالأصل ، ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت ، لأن له نهاية معلومة ، وفى الترك مراعاة الحقيقين ،

المذكور على الحصر الادعائى بناء على عدم الاعتداد بالأكل فلا يقتضى انتفاء ذلك بالكلىة (قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية : أى نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية ، ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذى ، فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين ، وعلى الأول يكونان مرفوعين اه كلامه ، وتبعه الشارح العيى . أقول : لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين هاهنا لأن الذى نقص البناء والغرس إنما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس ، وليس هذا بصحيح لأن القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان ، وإنما المضمون قيمة البناء المستنقضة بالقلع ، ومنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع إذ يصير المعنى حيثئذ وضمن المعير القلع بالقلع ، ولا يخفى ما فيه . قالوا : عندى هاهنا رفع البناء والغرس لا غير . أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح . وأما على تقدير كونها موصولة فيقتدر الضمير الراجع إليها على أن يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة ، فيكون كلمة نقص هاهنا من نقص فى دينه وعقله كما ذكر فى القاموس . وقال صاحب الغاية : ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء ، والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته ، يعنى إذا كان قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنارين مثلا ، وإذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه . وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكر معنى هذا المقام ومثاله على النوال الذى ذكره صاحب الغاية غير أنهما قالوا بذلك قوله يرجع بهما فيرجع بثمانية دنارين فكان بعض العلماء أخذما قالاه حصصا فأورد على ما ذكره صاحب الغاية حيث قال فيه

عشرة دنارين مثلا ، وإذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما ، كذا ذكره القنودى رحمه الله يريد به ضمان ما نقص . وذكر الحاكم الشهيد أن المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له ، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لأنه ملكه . قالوا : يعنى المشايخ إذا كان بالأرض ضرر بالقلع فالتحيز إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والتزجيج بالأصل . قيل معنى كلامه هذا أن ما قال القنودى إن المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الأرض بالقلع ضرر ، أما إذا لحق فالتحيز فى الإبقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان نقصان الأرض إلى صاحب الأرض وهو ظاهر ، ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد : ومعناه أن المستعير إنما يتمكن من القلع وترك الضمان إذا لم تضرب الأرض بالقلع ، وأما إذا تضربت فالتحيز لرب الأرض وهو الأظهر . ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل ترك فى يده بطريق الإجارة بأجر المثل وقت أو لم يوقت ، لأن الزرع له نهاية معلومة ،

أقول : فى باب المضارب يضارب (قوله وإذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما ، كذا ذكره القنودى) أقول : فيه كلام وهو أن القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنارين فينبغى أن يرجع بها كما لا يخفى ، هذا إشكال الفاضل المحشى الشهير يعقوب باشا . فأقول : الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى المصفى : أى القيمة المنقوصة فلا إشكال (قوله ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد ، إلى قوله : وهو الأظهر) أقول : المفهوم من كلام الزيلعى أن يتعلق بقول القنودى وبكيفية قلع البناء والغرس فراجع . قال المصنف (لأن له نهاية معلومة) أقول : مقتضى هذا التحليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت فى الوقت لأن لها نهاية معلومة ، ولأن الوقت منصوب عليه هاهنا وفى الإعادة لزوم الوقت ثابت دلالة والنس أقوى من الدلالة انتهى . والجواب أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت

بمخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك : قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة

كلام ، وهو أن القلع مانقصة دينارين بل نقص ثمانية دنائير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى انتهى . أقول : لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله تكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب ، ولا يخفى أنه إذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدنيارين فيرجع بهما قطعا . وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكأنهما أرادا بقيمة النقص معنى قيمة الناقص ، وإذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنائير فيرجع بثمانية دنائير ، وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طافئى هؤلاء الشراح . واندفع ما أورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى . وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال : فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة أى القيمة المنقوصة فلا إشكال انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لا يجوز إضافة الموصوف إلى الصفة ولا إضافة الصفة إلى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف إلى صفته ولا الصفة إلى موصوفها ، وإنما جاز ذلك مذهب سخي كوفي لا ينبغي أن يصار إليه في توجيه كلام الثقات ، على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة إلا بعد أن يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة ، وهذا تصف بعد تعسف ، ولعمري إن من عادة ذلك الفاضل أن يثبت بنك المذهب السخي مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات ، وقد مر منه ذلك غير مرة ، ومع ذلك يزعم معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله هاهنا فأقول : الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة وما كان ينبغي له ذلك (قوله بمخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك) أقول : لقاتل أن يقول : إذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الأرض منه هنا أيضا إلى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين . والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة ، وبالتوقيت لا يقرر له نهاية بلحوازان لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت ، إما بعدد منه لخيانة نفسه ، أو بمنع مجتمعه فيلزم أن يتضرر المالك ، بخلاف الزرع فإن له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافترقا . وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أولا ، إذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين ، بخلاف الزرع فليس بتمام لأن تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع ، إذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء إذا جاء الصيف ، وأن يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة ، فإذا وقت الميعر العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الأرض من يد المستعير إلى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا ، وبما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم إذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور ،

وفي الترك مراعاة الحقين ، فإنه لما كان الترك بأجر لم تفت منفعة أرضه مجانا ولا زرع الآخر ، بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك . قال (وأجرة رد العارية على المستعير الخ) أجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر ، وذلك لأن الأجر مؤنة الرد ، فمن وجب عليه الرد وجب أجره ، والرد في العارية واجب على المستعير لأنه قبضه لمنفعة نفسه ، والغرم بإزاء النعم ، وفي الإجارة ليس الرد واجبا على المستأجر ، وإنما الواجب عليه التحكين والتخيلة لأن منفعة قبضه سالة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ، ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لأن منفعة الأجر عين ومنفعة المستأجر منفعة ، والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة ، وعلى هذا كان أجرة رد الغصوب على الغاصب لأن الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه . ومن استعار دابة وردّها إلى إصطبل أو لا ، إذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليأمل . (قوله والغرم بإزاء النعم) أقول : تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا) أقول : من أن الغرم بالنعم .

على المؤجر) لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد . فإن منفعة قبضه سائلة للمؤجر معى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المقتضية على الغاصب) لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه . قال (وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكيها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان ، وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها . وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن رد العوارى إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردّها إلى المربط (وإن استعار عبدا فردّه إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن) لما بينا (ولو ردّ المصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن) لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه ، بخلاف العوارى لأن فيها عرفا ، حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردّها إلا إلى المعبر لعدم ماذكرناه من العرف فيه . قال (ومن استعار دابة فردّها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالأجير أن يكون مسانئة أو مشاهرة لأنها أمانة ، وله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة ، بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس في عياله (وكذا إذا ردها مع عبد ربّ الدابة أو أجيره) لأن المالك يرضى به ، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يردّه إلى عبده ، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب ، وقيل فيه وفي غيره وهو الأصح ، لأنه إن كان لا يدفع إليه دائما يدفع إليه أحيانا (وإن ردها مع أجنبي ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك

حيث قال : فإن قيل هو مغرور لأنه إن لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لأن البناء والغرس للدوام فكانت الإعارة له توقفا . قلنا : البناء قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم يفتق إذا جاء الصيف ، والشجر قد يغرس ثم يقطع بعد زمان ليبيع كما هو العادة ، انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد ، فإن منفعة قبضه سائلة للمؤجر معى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النية : فإن قيل : كما أن المنفعة سائلة للمؤجر فكل ذلك هي سائلة للمستأجر أيضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستأجرة . قلنا : إن المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما ، وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى ، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من إجازات الجامع الصغير حيث قالوا : وفي المستأجر المنفعة عائدة إلى الأجير لأنه يتوصل به إلى ملك الأجير أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة ، لكن منفعة الأجير أقوى لأنه مالك للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى . وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال : ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة ، لأن منفعة الأجير عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى . أقول : في الجواب نظر ، إذ الظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم إن منفعة الأجير عين هو الأجرة كما صرح به في الكافي ، والأجرة لا يلزم أن تكون عين البيت ، إذ قد صرحوا في كتاب الإجازات بأن الأجرة قد تكون عينا وقد تكون ديناً وقد تكون منفعة من خلاف جنس العقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الأجير عين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية في تحرير المقام :

مالكها فهلكت لم يضمن ، وفي القياس هو ضامن لأنه تضييع لارد ، وصار كردّ المصوب أو الوديعة إلى دار المالك من غير تسليم إليه ، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، وعلى المودع الرد إلى المالك لا إلى داره ومن في عياله ، لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه . وجه الاستحسان أن في العارية عرفا ليس في غيرها ،

(قوله وفي القياس هو ضامن لأنه تضييع لارد ، إلى قوله : لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه) أقول : وفيه بحث ، فإن

الإيداع قصدا كما قاله بعض المشايخ ، وقال بعضهم : يملكه لأنه دون الإعارة ، وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة . قال (ومن أعار أرضا يبيضها للزراعة يكتب إنك أطعمتني عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يكتب إنك أعرتني) لأن لفظة الإعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما في إعارة الدار . وله أن لفظة الإطعام أدل على المراد لأنها تخص الزراعة والإعارة تنظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى ، بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى ، والله أعلم بالصواب .

(كتاب الهبة)

وفي القياس هو ضامن لأنه تصحيح لارد ، وصار كرد المصوب أو الوديعة إلى دار المالك من غير تسليم إليه ، لأن الواجب على الغاصب فسخ فله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، وعلى المودع الرد إلى المالك لا إلى داره ومن في عياله ، لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه ككلامه . أقول : هذا تحرير غخل ، فإن قوله لأن الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى ، ولهذا لم يذكره أحد سواه هاهنا ، بل إنما ذكره في محله فيما سأتى كما ترى .

(كتاب الهبة)

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقى من الأدنى إلى الأعلى ، ولأن العارية كالغرف والهبّة كالمركب لأن فيها تمليك

وهو أن رد العاروى إلى دار المالك محتاد كآلة البيت ، فإنه لو ردها إلى المالك لردها المالك إلى المريط ، وعلى هذا إذا استعار عبدا فردّه إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن ، ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردّه إلا إلى المعبر للعرف في الأول وعدمه في الثاني . ومن استعار دابة فردّها مع من في عياله كعبده وأجيريه مسانبة أو مشاهرة فهو صحيح لأنها أمانة وله حفظها على يدهم كما في الوديعة ، وكذا إذا ردها مع عبدا ربّ الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك ، ألا ترى أنه لو ردها إليه فهو يردّها إلى عبده . واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدوابّ فقيل به ، وقيل هو وغيره سواء ، وهو الأصح لوجود الدفع إليه في اللحظة وإن ردها مع أجنبي ضمن ، ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي . ومن قال بأنه يملك الإيداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسئلة بانتهاء الإعارة لانقضاء مدتها فكان إذ ذلك مودعا وليس له أن يودع غيره ، فإذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم ، وباق كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح .

(كتاب الهبة)

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ، ومن حساستها جلب الهبة . وهي في اللغة عبارة عن إيصال الشيء إلى الغير بما يضعه ،

هلين التلييلين يضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينسب ذكرها هنا (قوله فكان إذ ذاك مودعا) أقول : بل يكون إذ ذاك مدينا ، حتى إذا حلت في يده ضمن ، فكذا إذا تركها في يد الأجنبي ذكره الزيلعي فراجعه ، ثم كونه كاللودع بعد انقضاء المدة قول لبعض الأصحاب ، لكن الرجحان للضمنين وهو قول السرخسي واختيار قاضيخان رحمه الله .

(كتاب الهبة)

المية عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام «تهادوا تحابوا» وعلى ذلك انعقد الإجماع (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلائنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب، والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك. وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا

العين مع المنفعة. ثم محاسن المية لاختصني ولا تخفى على ذوى النهى، فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال - إنك أنت الوهاب - وهذا يكتفى لمحاسنها. ثم إن المية في اللغة أصلها من الوهب، والوهب بتسكين الماء وتحريكها، وكذلك في كل معتل الغاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تخفف أوائلها ويعوض في أواخرها التاء، ومعناها: إيصال الشيء إلى الغير بما يفهمه سواء كان مالا أو غير مال، يقال وهب له مالا وهبا وهبة، ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا، ومنه قوله تعالى - فهب لي من لدنك وليا يرثني - ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه، ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب، وأنهيه منه قبله واستوهمه طلب المية، كذا في معراج الدراية وغيره. وأما في الشريعة فهي تملك المال بلا عوض، كذا في عامة الشروح بل المتون. أقول: يرد عليه النقض عكسا بالمية بشرط العوض كما ترى، ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لإيراده مع ظهور وروده جدا، غير أن صاحب الدرر والغرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال في منته: هي تملك عين بلا عوض. وقال في شرحه: أي بلا شرط عوض، لأن عدم العوض شرط فيه لينتقض بالمية بشرط العوض فتدبر اه كلامه. أقول: فيه نظر، إذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف المية معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من المية بناء على ماقرر في العلوم العقلية من أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف المية صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى، فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحلور بذلك بل يشتد. ثم أقول: يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف المية بلا اكتساب عوض، فالعنى أن المية هي تملك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالمية بشرط العوض، فلها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب، ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب، وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب المية بشرط العوض. ثم أقول: بقی في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال، فلها أيضا تملك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الأغيار، فلو زادوا قيد في الحال فقالوا: هي تملك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك، فإن الوصية تملك بعد الموت لا في الحال (قوله وتصح بالإيجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية: أي تصح بالإيجاب وحده في حق الوهاب، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، لأن المية عقد تبرع فيتم بالتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن

قال الله تعالى - فهب لي من لدنك وليا - وفي الشريعة تملك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم «تهادوا تحابوا» وعلى هذا انعقد الإجماع. وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقلين، أما من جهة الوهاب فلأن الإيجاب كاف، ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه، بخلاف البيع، وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع (وقال مالك: يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا

(قوله قال الله تعالى - فهب لي من لدنك وليا -) أقول: كظاهر أن الولي ليس بمال ولا بمالك (قال المصنف: وتصح بالإيجاب والقبول) أقول: قال العلامة الكاكي قوله وتصح بالإيجاب كقوله وهبت ونحوه كما يحى: أي تصح في حق الوهاب بمجرد الإيجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض، لأن المية عقد تبرع فيتم بالتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن الموهوب له لا يملكه إلا بالقبول والقبض. وثمرة ذلك فمن حلف لأهب فوهب ولم يقبل الموهوب له بحث، أو حلف على أن يهب فلانا فوهب ولم يقبل بر في يمينه عندنا انتهى. ولا يلهي عليك عدم مطابقة الشرح للمشروح.

بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » والمراد نفي الملك ،

لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض . وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد برّ في يمينه ، بخلاف البيع اهـ كلامه . واقتضى أثره صاحب معراج البراية كما هو دأبه في أكثر المحال ، ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المتوال أيضا وعزاه إلى الحصر والمختلف . وبني صاحب العناية أيضا كلامه هاهنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام : وهذا بخلاف البيع من جهة العاقلين ، أما من جهة الواهب فلأن الإيجاب كاف ، ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه بخلاف البيع ، وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض ، بخلاف البيع اهـ . والشارح العيني أيضا اقتضى أثرهؤلاء ، وبالحملة أكثر الشراح هاهنا على أن الهبة تم بالإيجاب وحده . أقول : هذا الذي ذكروه وإن كان مطابقا جدا لما ذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان فإنه قال هناك : ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه خلافا لزم فإنه يعتبره بالبيع لأنه تمليك مثله . ولنا أنه عقد تبرع قيم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اهـ ، إلا أنه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام ، لأن قوله أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد والعقد يتعقد بالإيجاب والقبول بمنزلة التصريح في أن عقد الهبة لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، ويشهد بهذا أيضا قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك ، إذ لو كان مراده أن الهبة عقد تبرع قيم بالتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك ، وهذا كله مما لاسترة به عند من له ذوق صحيح . ثم إن صاحب النهاية ومعراج البراية قد كانا صرحا قبيلا بهذا الكلام بأن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول ، ولا يفتى أن ذلك التصريح منهما ينافي القول منهما هاهنا بأن الهبة تم بالإيجاب وحده ، إذ لاشك أن الشيء لا يتم ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه . واعلم أن صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا هاهنا مسلكا آخر فقالا : وركن الإيجاب والقبول لأنها عقد ، وقيام العقد بالإيجاب والقبول لأن ملك الإنسان لا ينقل إلى الغير بدون تمليكه ، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله ، وإنما بحث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل ، لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقصور له وهو الإيجاب لا القبول لأنه فعل الغير اهـ كلامهما . أقول : هذا التقرير وإن كان مناسباً لما ذكره المصنف هاهنا إلا أنه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان كما نقلناه آنفا ، وأيضا يرد عليه أن التحليل المذكور للحث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يثبت أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم يقبل ، لأن المقدور له في كل عقد هو الإيجاب لا القبول ، مع أنه لا يثبت في صورة البيع كما صرحوا به . والحاصل أن كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان : وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه ، قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه : هو مجرد إيجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركناً لأن العقد يتعقد بمجرد إيجاب الواهب ، ولهذا قال علماؤنا : إذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يثبت في يمينه عندنا . وقال صاحب التحفة : ركنها الإيجاب والقبول . ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقبول إلى هنا كلامه . وقال صاحب البدائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا . والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر . وفي قول قال : القبض أيضا ركن . وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل أنه يثبت استحسانا ، وعند زفر لا يثبت ما لم يقبل ، وفي قول ما لم يقبل ويقبض ، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يثبت ، إلى

بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » أي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك

لأن الجواز بدونه ثابت ، ولأنه عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح ، بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم ، وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها . قال (فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحسانا (وإن قبض بعد الافتراق لم يميز إلا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي ، لأن القبض تصرف في ملك الواهب ، إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح

هنا كلامه (قوله ولأنه عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعنى لو ثبت الملك بمجرد العقد توجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدى إلى إيجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به ، وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات ، بخلاف المعاوضات ، كذا في الكافي وبعض الشروح . ورد بان المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه ، كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ، ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام . وأجيب بأنه مغالطة ، فإن ما لا يتم الشيء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فإنه يجب بالنذر أو الشرع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به ، كذا في العناية أخذنا من النهاية . أقول : فيه كلام ، أما أولا فلأن قوله فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب والهبة المعروض عنها وبغيرها مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتى ، وأما ثانيا فلأنه إذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن في إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم ، إذ يجوز الرجوع قبل التسليم ينفي لزوم التسليم فن أبن يجب إلزام التسليم فليتأمل في الدفع

إذ الجواز ثابت قبل القبض (بالاتفاق) ولأنه عقد تبرع (وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به) وفي إثبات الملك قبل القبض ذلك إذ فيه إلزام التسليم . ورد بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه ، كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ، ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام . وأجيب بأنه مغالطة ، فإن ما لا يتم الشيء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فإنه يجب بالنذر أو الشرع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فإن الملك يثبت بها بدون القبض لأنه لا إلزام ثم زيادة على ما تبرع ، وذلك (لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الإلزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم) وهذا موافق لرواية الإيضاح . وقال في البسوط : ولأن هنا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ، ألحق الهبة بالوصية . ووجه ذلك أن عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم ، والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى يضم إليه ما يتأيد به ، وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصى لكون الموت ينافي بالمالكية فصح الإلحاق (قوله وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصى في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث إليه . وتقديره أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لأنه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير إذن الواهب جاز استحسانا ، وإن قبض بعد الافتراق لم يميز إلا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي ، لأن القبض تصرف في ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف في ملك

(قد المصنف : وهو التسليم فلا يصح) أقول : قال الكاكي : لا يقال إن الملك يقع على وجهه لا يوجب التسليم لأنه لا يفيد ، إذ فائدة الملك الممكن من التصرفات ، وإذا إنما يكون إذا كان سبيل من قبضه انتهى ، وفيه بحث .

بدون إذنه . ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ،

(قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح : قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول ، فالمعنى أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث أن الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع ، وبه صرح في المبسوط وأشار إليه في الإيضاح . وقال بعض الفضلاء : ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول ، فإن التوقف لا يستلزم الإيجاب التام اه . أقول : لعل المانع عنه أمران : أحدهما أن المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء أن يكون قائما مقامه ، وهذا لا يتصور فإذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة ، فإن كلا منهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما بمنزلة الآخر وقيامه مقامه ، بخلاف ما إذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فإنه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلة ، وعن هذا قال في المبسوط : ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع . وثانيهما أن التوقف وإن لم يستلزم الإيجاب التام إلا أن القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول ، فإنه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض ، نص عليه الإمام الزيلعي في التبيين وذكر في الخيرية أيضا ، فلا يصح أن يقال إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ، بخلاف القبول في البيع فإنه لا يثبت الملك قطعا ، ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه ، وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى . وطعن صاحب الغاية في قول المصنف : ولنا أن القبض الخ حيث قال : وكان ينبغي أن يقول : وجه الاستحسان لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اه . وقصد الشراح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت : لما كان القياس هو قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنا وإن لم يصرح بذكر الشافعي اه . أقول : إن تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا إعاء إلى وقوع منازع في هذه المسئلة ، وأما مناسبة هذا القول وحسنه فإنما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد ، ومراد صاحب الغاية مواخذة المصنف بقوة المناسبة في تحريره لا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى . واعترض على الدليل المزبور بأنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس . وأجيب بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يباحث ، فأما إيجاب الواهب فقد تامة بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يباحث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس ، وهذا السؤال والجواب المذكوران في عامة الشروح ، وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية إلى الاختلافات . أقول : في الجواب بحث ، أما أولا فلا نية لا بدفع السؤال المذكور بل بقرره ، لأن حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة إن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض مالا يصح في القبول من التأخير إلى ما بعد المجلس . وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع ، بأن الأول عقد تام والثاني شرط العقد وجعل هذا الفرق مدارا لصحة القبض بالإذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس في البيع . وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده ، وهذا لا يدفع القدح في قولهم إن القبض في الهبة بمنزلة القبول

الغير بدون الإذن غير صحيح . ولنا) وهو وجه الاستحسان في الأول (أن القبض في الهبة بمنزلة القبول) في البيع (من حيث أن الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه ، فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول .

(قوله فقوله في الهبة متعلق بقوله إن القبض لا بقوله القبول) أقول : ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول ، فإن التوقف لا يستلزم الإيجاب التام . قال العلامة الكاكي وصاحب النهاية : قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول : أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار إليه في الإيضاح انتهى . وليس فيها قالا ما يدل على علم استقامة المعنى إذا تعلق بالقبول .

والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض ، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأننا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالجلس ، فكذا ما يلحق به ، بخلاف ما إذا ناه عن القبض في المجلس لأن الدلالة لاتعمل في مقابلة الصريح .

في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى . وأما ثانياً فلا يخفى صرحوا بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لانتفاده أيضا إلى القبض كما ذكر في الكافي . وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده : ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يمتشى في تلك الصورة رأسا ، لأن الإيجاب في البيع الصحيح والإيجاب في البيع الفاسد شيان في كونهما شطر العقد لإتمامه ، فلا يتم الفرق المزبور هناك . وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال : فيه بحث ، فإنه لو صح ما ذكر لحاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب ، وأيضا هذا الكلام مناقض ما تقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينتقد بالإيجاب والقبول اهـ . أقول : كلا وجهي بحثه ساقط . أما الأول فلأن الملازمة في قوله لو صح ما ذكر لحاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة ، فأما بطلان الثاني فمفوض إذ قد ذكرنا فيما مر أن لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين ، وذكر في الذخيرة أيضا : فإذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلا فلأن يصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى . وأما الثاني فلأن قد قلنا عن البدائع فيما مر أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب ، وأما القبول من الموهوب له فليس يركن استحسانا والقياس أن يكون ركنها ، فدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما ، كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان بأن الهبة عقد تبرع فيم بالتبرع ، ولهذا يقال وهب ولم يقبل ، والمعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) يعني أن مقصود الواهب من عقد الهبة إثبات الملك الموهوب له ، وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض تحصيلاً لمقصوده فكان إذا دلالة ، ونقض هذا بفصل البيع فإن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ، ثم إذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل لإيجاب البائع تسليطا على القبض ، حتى أن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحسبه حتى يأخذ الثمن . وأجيب بأننا لانسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير ، وثبوت الملك للمشتري ضمنى لا مقصودى فلا معتبر به ، كذا في الشروح . أقول : لا يرد النقض المذكور رأسا ، إذ لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقع على القبض ، فإن القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل لإيجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر (قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق) لأننا أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالجلس فكذا ما يلحق به (أقول : لقاتل أن يقول : إنما ألقى القبض في الهبة بالقبول

(والمقصود منه) أى مقصود الواهب من عقد الهبة (إثبات الملك) للموهوب له ، وإذا كان كذلك (فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) تحصيلاً لمقصوده فكان إذا دلالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق ، لأننا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقا ل القبض بالقبول والقبول يتقيد بالجلس فكذا ما قام مقامه) فإن قيل : يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض فإن التسليط موجود ولم يزل له القبض . أجاب بقوله (بخلاف ما إذا ناه) يعنى صريحا (في المجلس لأن الدلالة لاتعمل في مقابلة الصريح) وفي بحثان : الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع . والثاني أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ، ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل لإيجاب البائع تسليطا على القبض ، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه (قوله وفيه بحثان : الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول : فيه نوع ركائكة .

قال (وتعتقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لأن الأول صريح فيه والثاني مستعمل فيه . قال عليه الصلاة والسلام «أكل أولادك نحل مثل هذا ٢» وكذلك الثالث ، يقال : أعطاك الله وهبك الله بمعنى واحد (وكذا نتعد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة) أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تمليك العين ،

في البيع من حيث أن حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفاً لامن جميع الحثيات ، ألا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك ، بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لايم العقد بدونه ، وإذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد مايلحق به من الحثية المذكورة بالمجلس أيضا ، فإن تقيد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركناً داخلاً في العقد ، ولهذا لايصح القبول بعد المجلس بأمر البائع أيضا فلا يمتد إلى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض ، وإن كان ملحقاً بالقبول من جهة كونه موقفاً عليه لثبوت حكم العقد ، وإلا يلزم أن لايصح القبض بعد المجلس بالإذن أيضا فتأمل . والأولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية ، وهو أنه لايد لبقاء الإيجاب على الصحة من القبض لأن القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لايقب الإيجاب صحيحا ، وإذا كان من ضرورة بقاء الإيجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لاحالة كان الإقدام على الإيجاب له إذا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا إقدام البائع على الإيجاب إذا للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة ، إلا أن ماثبت اقتضاء يثبت ضرورة ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بلبوث الإذن في المجلس ، لأن الإيجاب يبق صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابثا فيما وراء المجلس ، بخلاف ما لو ثبت نصا ، لأن الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تمليك العين) قال صاحب غاية البيان : ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر ،

جاء له أن يسترده ويحبه للثمن . وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شطر العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس ، وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه ، وعن الثاني بأننا لانسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لاغير وثبوت الملك له ضمنى لاعتباره . قال (وتعتقد الهبة بقوله وهبت ونحلت الخ) هذا بيان الألفاظ التي نتعد بها الهبة ، وقد تقدم لنا القول في قوله لأن الأول صريح فيه والثاني مستعمل فيه ، وكلامه واف بإفادة المطلوب سوى ألفاظ نذكرها (قوله «أكل أولادك نحل مثل هذا») روى النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال : « نحلني

(قوله وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شطر العقد) أقول : ولهذا لوخلف لايباع فباع ولم يقبل المشتري لايجث (قوله وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه) أقول : هكذا وقع في هذه النسخة موافقا لما في سائر النسخ ، وفي بحث ، فإنه لوصح ما ذكره لجاء القبول بعد المجلس بأمر الواهب ، وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد يتعد بالإيجاب والقبول ، وأما قصة الخلف فأمرها سهل لكون مبنيا على العرف ، ولعل الأول أن يقال في الجواب : القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة ، فبالنظر إلى كونه بمنزلة يجوز القبض في المجلس بلا إذن الواهب ، وبالنظر إلى التنابر حقيقة صحح الأمر بالقبض بعد المجلس إيدانا لانحطاط رتبته عن القبول فتأمل . ووقع في بعض النسخ وجد عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث ، ثم يرد على ما في النسخ الأخر فتدبر (قوله وعن الثاني بأننا لانسلم أن مقصود البائع الخ) أقول : ولو سلم أن المقصود ذلك فبالقبول يتم المقصود ويحصل الملك للمشتري ولا يتوقف على القبض متى يرد ما ذكره ، وأما حق الاسترداد فلكون المبيع قبل نقد الثمن كالرهون . فإن قيل : حق الرجوع ثابت في الهبة أيضا فلا ينافي ذلك كون الإيجاب تسليطا . قلنا : ذلك في الهبة ليس بكل ؛ ألا يرى إلى موانع الرجوع في الهبة بخلاف البيع فتأمل (قوله وقد تقدم لنا القول الخ) أقول : في أوائل الهداية قال المصنف (وأما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تمليك العين) أقول : في التلويح قالوا : والضايف أنه إذا ذكر المقبول الثاني فهو التسليم ، وإلا فهو للإباشة انتهى . ولعل المراد من الإضافة إلى ما يطعم عنه ما ذكره

بمخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عينها لاتطعم فيكون المراد أكل غلتها ، وأما الثاني فلأن حرف اللام للتملك . وأما الثالث فلنقله عليه الصلاة والسلام « فن أعر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده » وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا .

لأنه قال : إن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تملك العين ، فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام فى الكفارة التملك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم ، لأن المراد من الإطعام إطعام الطعام والطعام يؤكل عنه فكان الإطعام فى الآية مضافا إلى ما يطعم عنه فافهم انتهى كلامه . أقول : يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالإضافة إلى ما يطعم عنه أن يذكر ما يطعم عنه ويعمل مفعولا ثانيا للإطعام ، وفى آية الكفارة لم يكن الأمر كذلك ، فكان الإطعام فيها على أصل وضعه وهو الإباحة ، ويرشدك إلى هذا التوجيه أنه قال فى تنقيح الأصول فى أوائل التقسيم الرابع : وفى قوله تعالى - إطعام عشرة مساكين - إشارة إلى أن الأصل فيه هو الإباحة ، والتمليك ملحق به لأن الإطعام جعل الغير طاعما لأجله مالكا ، ولحق به التملك دلالة لأن المقصود قضاء حوائجهم وهى كثيرة فأقيم التملك مقامها انتهى . وقال فى التلويح : وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فإنما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لأنه لم يجعله طاعما . قالوا : والضابط أنه إذا ذكر المفعول الثانى فهو للتمليك وإلا فلا إباحة انتهى فتأمل ترشد . ثم إنه قد ذكر فى المحيط البرهاني نقلا عن الأصل : وإذا قال أطعمتك هذه الأرض فهو عارية ، ولو قال أطعمتك هذا الطعام ، فإن قال فاقبضه فهو هبة ، وإن لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى . أقول : لا يذهب على ذى فطنة أن إطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف بما ذكر لا يطابقان رواية الأصل ، لأن الظاهر منهما أن يكون قوله أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ، ورواية الأصل صريح فى أن قوله المذكور إنما يكون هبة إذا قيده بقوله فاقبضه ، وأما إذا لم يقيده بذلك فيحتمل الأمرين : أى الهبة والعارية ، وأن النظر المذكور لا ينتج أصلا على ما فى رواية الأصل ، لأن التملك إنما يستند على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لامن لفظ الإطعام ، فلا ينافى أن يكون الإطعام فى آية الكفارة على أصل وضعه وهو الإباحة (قوله بمخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عينها لاتطعم فيكون المراد إطعام غلتها) أقول : لقال أن يقول : كون الأرض مما لا يطعم عنه إنما يقتضى أن لا يكون الإطعام المضاف إليها على حقيقته ، ولا يقتضى أن لا يراد به تملك العين مجازا كما أريد به ذلك إذا أضيف إلى ما يطعم عنه ففهم حلوا هناك على تملك العين مع أن حقيقة الإطعام جعل الغير طاعما : أى آكلأ لأجله مالكا كما صرحوا به . والجواب أنه وإن أمكن أن يراد بالإطعام المضاف إلى مثل الأرض تملك العين مجازا لكن هذا التجوز ليس معتارفا فى مثل ذلك ، وإنما المتعارف أن يراد إطعام الغلة على طريق ذكر المثل وإرادة الحال ، كما أن المتعارف فيها إذا أضيف الإطعام إلى ما يطعم عنه أن يراد به تملك العين وكلام العاقل إنما يجب حمله على المتعارف لاهل كل ما احتمله اللفظ تدبر (قوله وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قال صاحب العناية : قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلأن حرف اللام للتمليك ، واقتضى أثره الشارح المتيقن وسكت غيرهما عن البيان . أقول : الظاهر أن قول المصنف هذا إشارة إلى قريبه وهو قوله فلنقله عليه الصلاة والسلام « فن أعر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده » ويدل على هذا ذكر هذه الصورة فى ذيل الثالث ، إذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها فى ذيل الثانى ، بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلا ، إذ قد سبق ذكر ما إذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذى قال له وأما الثانى ، ولا يرى أثر فرق بينه وبين

أبى غلاما وأنا ابن سبع سنين ، فأيت أى إلا أن تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فحملنى أبى على عاتقه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال لك ولد سواء ؟ فقال نعم ، فقال : أكل ولديك نحات مثل هذا ؟ فقال لا ، فقال هذا جور » وقوله عليه الصلاة والسلام (ولورثته من بعده) أى ولورثة المعمر له من بعد المعمر له : يعنى تثبت به الهبة ويبيطل ما اقتضاء من شرط الرجوع ، وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله فلأن

فى التلويح من جملة مفعولا ثانيا له ، فلا يرد ما أورده المولى يعقوب بلاشا فى حواشى شرح الرواية .

وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلانا على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لأنه يراد به التملك ، قال الله تعالى - أو كسوتهم - ويقال كسا الأمير فلانا ثوبا: أى ملكه منه (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما رويناه من قبل .

ما إذا قال جعلت هذه الدار لك عمري إلا بأشغال هذه الصور على لفظة عمري دون ماسبق ، فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمري لإثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستلزكا كما لا يخفى . فإن قلت : لو كان مراده ما ذكرته لقال لما رويناه كما هو دأبه عند قصده الإشارة إلى السنة . قلت : كأن الشارحين المبرزين اغترأ بذلك ، ولكن يمكن التوجيه بجعل « ما » في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام لا عن نفس الحديث ، وقد أشرنا إليه في تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلانا على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته) يعنى أن الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية ، إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لأن هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين ، فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه علمت نيته . قال في الكفاية : فإن قيل : كيف يستقيم قوله أن حقيقته الإركاب وقد ذكر في العارية أن قوله حلتك لتمليك العين . قلنا : حقيقته الإركاب نظر إلى الوضع وهو تملك العين في العرف والاستعمال ، لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى . وذكر صاحب العناية فحوى ذلك بعبارة أخرى حيث قال : لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لأنها لتمليك العين ، وعند عدم إرادته الهبة يجعل على تملك المنافع مجازا لما أشرنا إليه هنالك أن قوله لأنها لتمليك العين : يعنى في العرف ، فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله هاهنا لأن الحمل هو الإركاب حقيقة : يعنى في اللغة ، فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى . أقول : بقي إشكال وهو أنه قد تفرق في كتب الأصول أنه إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا ، فعند أى حنفية رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به . وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به ، وأما إذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا . إذا عرفت ذلك ففي مانع فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به ، فلي مقتضى الأصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أى حنفية بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الإركاب ، وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تملك العين ، فينبغي أن يجعل الحمل على العارية عند عدم إرادة الهبة على أصل أى حنفية ، وأن يجعل على الهبة وإن لم ينوها على أصلهما ، مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتمدة على الأول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليتأمل . ثم إن قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد ، لأن حكم المشترك التأمل فيه حتى يرجع أحد معنييه أو معانيه بالأدلة أو الأمارات على ما تقرر في علم الأصول ، وفيما نحن فيه إن نوى الهبة يجعل عليها ، وإن لم ينوها يجعل على العارية من غير تأمل ولا توقف ، فأين هذا من ذلك (قوله ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويناه من قبل) يعنى ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام

حرف اللام للتمليك . وقوله (فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة) يعنى أنه تصرف في المنافع (فيكون عارية إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة ، لأن اللفظ قد يذكر للتمليك ، فإذا نوى محتمل لفظه فيه تشديد عليه علمت نيته . لا يقال : هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لأنها لتمليك العين ، وعند عدم إرادته الهبة يجعل على تملك المنافع مجازا لما أشرنا إليه هنالك أن قوله لأنها لتمليك العين : يعنى في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله هاهنا لأن الحمل هو الإركاب حقيقة : يعنى في اللغة ، فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويناه من قبل) يعنى ما تقدم (قوله لأن الحمل هو الإركاب حقيقة ، يعنى أنه تصرف) أقول : ضمير أنه راجع إلى الحمل (قوله لما أشرنا إليه الخ) أقول : جواب

(ولو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهى عارية) لأن العارية محكم فى تملك المنفعة والهبة تختملها وتحتمل تملك العين فيحمل المحتمل على المحكم، وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قلتمناه (ولو قال هبة تسكنها فهى هبة) لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود، بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له. قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا بحوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعى: تجوز فى الوجهين لأنه عقد تملك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه،

«المنحة مردودة» كذا فى الشروح. أقول: ها هنا كلام، أما أولاً فلأن المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقيدها بعدم إرادة الهبة، أن يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وإن نوى بالمنحة الهبة، وقد ذكر فى كتاب العارية أن قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية إذا لم يرد بهما الهبة. وقال فى التعليل: لأنهما لتمليك العين، وعند عدم إرادة الهبة يحمل على تملك المنافع تجوزاً فكان بين كلاميه فى المقامين نوع تنافر. وأما ثانياً فلأن تعليل هذه المسئلة بما ذكره فى كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة» منظور فيه، إذ قد ذكر فى المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا قال منحتك هذه الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة، ولو قال منحتك هذه الأرض أو هذه الجارية فهو عارية. وقال: فالأصل أن لفظة المنحة إذا أضيفت إلى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة، وإذا أضيفت إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى. وهكذا ذكر فى عامة المعينات، وقوله عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة» لا يفرق بين الفصلين، فتعليل الفصل الثانى به ينتقض بالفصل الأول فتأمل فى الترجيح (قوله لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير) إذ الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم، كذا فى المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح. قال تاج الشريعة لأن قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم، ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر غنار العامة. أقول: ليس هذا بصحيح، لأن قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب، وإنما فعل المخاطب السكنى الذى دل عليه لفظ تسكنها، والكلام فى عدم صلاحية هذا اللفظ

فى كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام «المنحة مردودة». وقوله (ولو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة) إنما هو بنصب هبة فى الموضعين إما على الحال أو التمييز لما فى قوله دارى لك من الإيهام. وقوله (لأن العارية محكم فى تملك المنافع) كان الواجب أن يقول: لأن سكنى محكم فى تملك المنافع إذ هو المذكور فى كلامه، ويجوز أن يقال: سكنى لا يحتمل إلا العارية فعبّر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكنها فهى هبة لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم، وإن لم يذكر فلا يتغير به حكم التملك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه، فإن شاء قبل مشورته وفعل ما قال، وإن شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له) والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسيراً لاسم آخر بخلاف قوله هبة تسكنها فهى هبة لأن قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم. قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا بحوزة مقسومة الخ) الموهوب إما أن يحتمل القسمة أولاً. وضابط ذلك أن كل شئ يضره التبعض فيوجب تقصّاتاً فى ماله لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو تحتلها، فالثانى كالعبد والحيوان والبئيت الصغير، والأول كالدار والبيت الكبير، ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا بحوزة مقسومة، والأول احتراز عما

لقوله لا يقال هذا يناقض ما تقدم الخ (قوله والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسيراً لاسم آخر، بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلاً) أقول: لا يقال له فظاهر كثيرة من جعلها - هل أدلكم على تجارة تنجيكم من هذا ألم - تؤمنون بالله الآية، لأنه تبيين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لأن قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم) أقول: وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المسكت فى كتاب المفاربة (قوله إما أن يحتمل القسمة أولاً، إلى قوله: فالثانى كالعبد والحيوان والبئيت الصغير والأول كالدار الخ) أقول: قوله فالثانى ناظر إلى قوله أولاً، والأول ناظر إلى قوله إما أن يحتمل القسمة.

وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له ، وكونه تبرعا لا يبطله الشيوخ كالقرض والوصية : ولنا أن القبض منصوب عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب ،

للتفسير ، فهل يقول العاقل إن لفظ التكلم فعل الخطاب (قوله وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له ، وكونه تبرعا لا يبطله الشيوخ كالقرض والوصية) قال صاحب العناية في حل هذا الكلام : وهذا : أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه : أى حكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والإرث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له ، لأن المحلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزا . فإن قيل : لانسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوخ مبطلا ؟ أجاب بقوله وكونه تبرعا : يعنى لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح ، فدل على أن الشيوخ لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه . أقول : تصف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه : الأول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف ، وهذا لأن المشاع إشارة إلى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا أن يكون قول المصنف وهذا لأن المشاع الخ دليلا على أصل مدعى الشافعي وهو قوله تجوز في الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه ، فكان ينبغي أن يقول المصنف : ولأن المشاع بدل قوله وهذا لأن المشاع . والثاني أنه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال : فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزا ، والباعث عليه جعله لفظ هذا إشارة إلى

إذا وهب التبرع على التخييل دون التخييل أو الزرع في الأرض دونها ، فإن الموهوب ليس بمحوز : أى ليس بمقبوض ، والثاني عن المشاع . فإنه إذا جاز قبض التبرع الموهوب على التخييل ولكن ذلك التبرع مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لأنه غير مقسوم ، ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه إلا محوزة مقسومة ، لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرا ، فإنه إذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة للملك ، فعلم بهذا أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ، ولكن توقف إثباتها للملك على الإفراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الإفراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ، ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة ، لأن المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا ، وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة ، وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر . وقال الشافعي : هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك الموهوب له ، لأنه عقد تمليك وهو ظاهر ، وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه : يعنى الصحيح والفاسد والصرف والسلم ، فإن الشيوخ لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع ، فإذا باع وخلي بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري ، وإن كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري مبنى على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف ، والقبض شرط فيما ، وهذا : أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه : أى حكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والإرث ، وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له ، لأن المحلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزا . فإن قيل : لانسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوخ مبطلا . أجاب بقوله وكونه تبرعا : يعنى لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح ، فدل على أن الشيوخ لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا . ولنا أن القبض في الهبة منصوب عليه لما روينا

(قوله وتصحيحه بما ذكر) أقول : أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ ، ويجوز أن يكون المراد لا يقسم شرما (قال المصنف : لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول : فإن قيل : نحن لا ننازع في كون المشاع محلا للعقد فلا ساس لهذا الكلام هنا . قلنا يظهر توجيهه بألف تأمل (قوله وبأن أوصى لرجلين بألف درهم) أقول : معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم .

ولأن في تجويزه إلزامه شيئا لم يلزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم ، بخلاف مالا يقسم لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ، ولأنه لا تلزمه مؤنة القسمة .

جوازه . والثالث أنه حل قول المصنف وكونه تبرعا الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع ثمة . والحق عندى أن مقصود المصنف من قوله وهذا لأن المشاع الخ إثبات كبرى الدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع لا إثبات أصل المدعى ، ولفظ هذا إشارة إلى مضمون هاتيك الكبرى ، فالمنعى وهذا : أى صحته في المشاع أو كونه صحيحا في المشاع ، لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له ، فلا يلزم حينئذ الوجهان الأولان من وجوه التصف اللازمة لتقرير صاحب العناية . أما الأول منهما فظاهر جدا . وأما الثاني فلقطوع الاحتياج حينئذ إلى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى التأمل الصادق . ثم إن قوله وكونه تبرعا لا يبطئه الشيوخ جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة ، وهو أن يقال إن عقد الهبة عقد تبرع ، فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون إلزاما عليه ما لم يلزمه وهو باطل فقال : كونه عقد تبرع لا يمتنع الشيوخ كالقرض والوصية : يعنى أن الشيوخ في القرض والوصية ، كما لا يمتنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمتنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التصف اللازمة لتقرير صاحب العناية ، وهو حل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر قوله ولأن في تجويزه إلزامه شيئا لم يلزمه وهو مؤنة القسمة يعنى أن في تجويز عقد الهبة في المشاع إلزام الواهب شيئا لم يلزمه وهو مؤنة القسمة ، وذلك لا يجوز لزيادة الضرر . فإن قيل : هذا ضرر مرضى لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على إلزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا . أجب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ، كذا في العناية أخذنا من شرح تاح الشريعة وتبعهما الشارح المعنى . أقول : في الجواب بحث لأنه إذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل : أعنى قوله ولأن في تجويزه إلزامه شيئا لم يلزمه وهو القسمة : لأن الذى يستلزمه تجويز هبة الشئ إنما هو إلزام وإليه حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيئا يستلزمه حكمها ، وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئا من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شئ ، فإذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيئا يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجويز هبة المشاع إلزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم إلزامه ما لم يلزمه . لا يقال : الذى لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذى ذكره في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المقرض وهو يستلزم القسمة ؟ لأننا نقول : لانسلم أن حكم الهبة مطلقا هو الملك المقرض بل حكمها هو الملك مطلقا ، ألا ترى أن هبة المشاع الذى لا يحتل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا ، مع أن حكمها هناك ليس الملك المقرض بل لأرباب بل هو الملك المشاع . ولو سلم أن حكمها مطلقا هو الملك المقرض لم يصح قول الجيب إن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها ، لأن من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا ، فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المقرض تعين الرضا منه بما يستلزم

من قوله عليه الصلاة والسلام « لا تصح الهبة إلا مقبوضة » والمنصوص عليه يشترط كماله لأن التصبص عليه يدل على الاعتناء بوجوده ، وقبض المشاع ناقص لأنه لا يقبله إلا بضم غيره إليه : أى بضم غير الموهوب إلى الموهوب أو بالعكس ، فإن كلامه يحتملها والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب ، فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه ولا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العلم النافية للاعتناء بشأنه ، ولأن في تجويزه إلزام الواهب شيئا لم يلزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر . فإن قيل هذا ضرر مرضى ، لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على إلزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا . أجب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس (قوله أجب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع ، إلى قوله : وهو لا يتحقق بفن مؤنة القسمة) .

والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة ، والهبة لاقت العين ، والوصية ليس من شرطها القبض ، وكذا البيع الصحيح ، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ، ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة ، والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه ، فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملاً بالشبهين ، على أن القبض غير منصوص عليه فيه .

القسمة وهو الملك المفروز . هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال : فيه بحث ، فإنه يعلم أنه إذا طلب شريكه القسمة لاينفعه إياؤه ، على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فلي تأمل اه . أقول : كل واحد من أصل بحثه وعلاوته ساقط . أما الأول فلأنه وإن علم أنه إذا طلب شريكه القسمة لاينفعه إياؤه إلا إن طلب شريكه إياها غير متعين بل محتمل ، والإقدام على العقد إنما يقتضى الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولو ازمه لا بما هو من محتملات ذلك : وأما الثاني فلأن في رجوعه عن هبته ضرراً آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه ، فكان في تجويز هبة المشاع إلزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجوز ، وأيضاً هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المتاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه ، على أنه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المصاديق التي تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المخدور في مثل ذلك . ثم أقول : يبقى شيء في أصل هذا التعليل ، وهو أن الواهب المشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمنع عنها ، فإن رضى بها كان ملزماً بإياها فلم يكن في إلزامه مؤنة القسمة إلزامه مالم يلزمه ، وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على مايجب . في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أنه إن لم تلزمه فيما لايقسم مؤنة القسمة فقد تلزمته المهاياة ، وفي إلزامها

بقسمة ولا يستلزمها ، ولهذا : أي ولأن في تجويز هذا العقد إلزام مالم يلزم امتنع جوازه قبل القبض لتلا يلزمه التسليم وهو لايتحقق بدون مؤنة القسمة ، بخلاف ما لايقسم لأن الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفي به ضرورة ، ولأنه لايلزمه مؤنة القسمة . فإن قيل : لزمه المهاياة ، وفي إلزامها إلزام مالم يلزم بالعقدة ، ومع ذلك العقد جائز فلنكن مؤنة القسمة كذلك . أجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين . ولقاتل أن يقول : إن إلزام مالم يلزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها فقد وجد ، وإن خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكماً . والجواب بتخصيصه بذلك . ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه ، وليس في غيره ذلك لأن المهاياة لايجتاج إليها ، ولا يلزم ما إذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يتضمن قيمته للموهوب له ، وفي ذلك إلزام زيادة عين على ما تبرع به لأن ذلك بالإتلاف لايعقد التبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية ، وتقديره أن الشروع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك ، وكذلك البيع الصحيح ، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وإن كان القبض فيها شرطاً للملك لكنه غير منصوص عليه فيها . فإن قيل : القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه . أجيب بأن كلامنا فيما يكون القبض منصوصاً عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس

أقول : وفيه بحث ، فإنه يعلم أنه إذا طلب شريكه القسمة لاينفعه إياؤه ، على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فلي تأمل (قوله فإن قيل : لزمه المهاياة وفي إلزامها إلزام مالم يلزم) امتنع ، فإن الإقدام على عقد الهبة إلزام (قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول : أشار بقوله بذلك إلى قوله بعوده الخ (قوله لأن ذلك بالإتلاف) أقول : يعني ليس ذلك حكم العقد ، بخلاف القسمة فإنها من أحكام الملك الخي موصى العقد (قوله فإن قيل : القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول : فيه أنا لا نسلم كون القبض منصوصاً عليه في الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام : يداي بين يدي وبين يدي . ولزوم القبض لضرورة التمتع على ما حققه المصنف في باب الربا (قوله وفي الصرف لبقائه في ملكه) أقول فيه : بحث .

ولو وهب من شريكه لايحوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع . قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالحبة فاسدة) لما ذكرنا (فإن قسمه وسلمه جاز) لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع . قال (ولو وهب دقيقا في حنطة أو دهنا في سمس فالحبة فاسدة ، ، فإن طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن في اللبن لأن الموهوب معلوم، ولهذا لو استخرجه الفاسب يملكه، والمعلوم ليس بمحل للملك فوق العقد باطلا ، فلا يتعد إلا بالتجديد ، بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتمليك ،

إلزام ما لم يلزم مع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك . فأجاب بأن المهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة، لأن المهايأة قسمة المنفعة والمهبة التي هي عقد التبرع إنما لاقت العين ولا إلزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا في عين ماتبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم ، هذا خلاصة ما في جملة الشروح والكافي هاهنا . وقال صاحب العناية بعد ذلك : ولقاتل أن يقول : إلزام ما لم يلزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعا عن جوازها فقد وجد ، وإن خصصتم بعوده إلى ماتبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك . ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه ، وليس في غيره ذلك لأن المهايأة لا يحتاج إليها كلامه . أقول : لا يرى في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال سائل ، لأن حاصله أن في عوده إلى ما تبرع به إلزامه بإخراج عين هي أجرة القسمة عن ملكه ، وليس ذلك في المهايأة ، فقاتل أن يقول : إن لم يكن في المهايأة إلزامه بإخراج عين عن ملكه ففيه إلزامه إزالة تقع في زمان معين عن تصرفه وكون الأول أكثر ضررا من الثاني مطلقا غير مسلم ، فكم من منفعة كنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمة فتكون إزالته عن الانتفاع بها أشق على الإنسان وأكبر ضررا له من إخراج مقدار عين يصير أجرة قسمة عن ملكه

مما نحن فيه ، ولأنها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة . فإن قيل : إذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة ، وما جازت فالجواب سياتي ، والقرض تبرع من وجهه دليل أنه لا يصح من الصبي والعبد ، وعقد ضمان من وجه فإن المقرض مضمون بالمثل ، فلتسبه بالتبرع شرطنا القبض فيه ، ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة علما بالشبهين ، على أن القبض فيه ليس منصوبا عليه فيراعى على الكمال (ولو وهب من شريكه لم يجز) وإن لم يلزم فيه مؤنة القسمة (لأن الحكم يدار على نفس الشيوع) فإنه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال ، فكانه إشارة إلى الوجه الأول ، وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمش في جميع الصور ولا يكون صحيحا ، وهو غلط لأنه علة النوعية لإثبات نوع الحكم ، وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص (ومن وهب شقصا مشاعا فالحبة فاسدة) أي لا يثبت الملك على ماتقدم من توجيه قوله ولا يحوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة ، وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك ، لكن أعادها تمهيدا لقوله (فإن قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع) وبه تبين أن المانع من الشيوع ما كان عند القبض ، حتى لو وهب لصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت . قال (ولو وهب دقيقا في حنطة الخ) بنى كلامه هاهنا على أن المحل إذا كان معلوما حالة العقد لم يتعد إلا بالتجديد ، بخلاف ما إذا كان مشاعا فإنه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التجديد ، وذلك واضح لصلاحيته المشاع للمحلية دون المعلوم ، وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف بقوله لا يحوز هبة المشاع وقوله فالحبة فاسدة ، وقوله لأن امتناع الجواز للاتصال هو عدم إفادة ثبوت الملك ، فلا يتوهم أنه اختار قول من ذهب إلى عدم الجواز لأنه لو كان غير جائز لاحتاج إلى تجديد العقد عند الإفراز في المشاع كما في المعلوم ، وإنما جعل الرهن في السمس والدقيق والحنطة معدوما لأنه ليس بموجود بالفعل ، وإنما يحدث بالعصر والطحن ، ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لأن

(قال المصنف : ولو وهب من شريكه لايحوز) أقول : قال الرافعي في شرح الوجيز : الشائع يحوز هبة كايحوز بيمينه ، ولا فرق بين المتقسم وغير المتقسم ، ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره ، وبه قال مالك وأحمد ، وعند أبي حنيفة لا تصح هبة المتقسم من غير الشريك ، وبالحق نقول : لو وهب الشيء المتقسم من اثنين لم يصح أيضا .

وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع ، لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالتناع . قال (وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يحدد فيها قبضا) لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط ، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه .

وأما الزيادة على العين الموهوبة فتحققة في صورتين معا ، غير أن الزائد عليها في إحداها العين وفي الأخرى المنفعة . والأظهر في الجواب عندى أن يقال : تخصيص ذلك بما إذا عاد إلى ما تبرع به ، ولا يلزم التحكم لأن المحذور في إلزامه ما لم يلزمه فيها إذا عاد إلى ما تبرع به لزوم المناقاة . فإن التبرع ضد الزوم فهما لا يجتمعان في محل واحد ، وفيها إذا لم يعد إلى ما تبرع به لا تلزم المناقاة ، فإن المهاياة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين ، فلم يصادف الإلزام والتبرع إذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه . ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن بين مراد المصنف على المنهج الزبور قال : والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيها لا يحتمل القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت . وقولهم يؤدي ذلك إلى إلزام التهاؤفق فنقول : لانسلم لأن التهاؤفق ليس بواجب لأن فيه إعاقة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والإعاقة لا تكون واجبة اه كلامه . أقول : لعل هذا الجواب ليس بصحيح لأن التهاؤفق يجب ويجرى فيه جبر القاضى إذا طلبه أحد الشركاء سيما في لا يقسم نص عليه في عامة الكتب ، وسيأتى بيان ذلك في فصل المهاياة من كتاب القسمة ، وما ذكره بقوله لأن فيه إعاقة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس ، وقد صرحوا بأن القياس يأباه ، ولكننا تركنا القياس بقوله تعالى - لما شرب ولكم شرب يوم معلوم - وهو المهاياة بعينها وللحاجة إليه إذ يتعلم الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة ، فقولهم في هبة المشاع فيها لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك إلى إلزام التهاؤفق لما لا يقبل المنع أصلا (قوله وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يحدد فيها قبضا إلى قوله : أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإذا كان الشيء ودبعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض ، لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ، ولو كان بيده مقصوبا أو ببيع فاسد فوهبه إياه لم يحتاج إلى تجديده ، لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف ، ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ، كذا في العناية وغيرها . أقول : يرد على ظاهر قوله أو ببيع فاسد فوهبه إياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع ، وأشار إليه المصنف فيما سيأتى بعد أسطر بقوله أو في ملك غيره في قوله لأنه في يد غيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه إياه بعد قوله ببيع فاسد . فالجواب أنه قد مر أيضا في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد قسمة

عامة الممكنات كذلك ولا تنسئ موجودة . وإذا كان العين في يد الموهوب له لا يحتاج إلى قبض جديد لانتهاء المانع وهو عدم القبض ، فإذا وجد القبض أمانة جاز أن ينوب عن قبض الهبة ، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر ، وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإذا كان الشيء ودبعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض ، لأن كلا القبضين ليس

التمهي . فن قوله وعنه أن حنيقة الخ بحث لا يخفى (قال المصنف : وهبة اللبن في الضرع) أقول : قال صاحب التيسيل : أقول في البيوع إن التوى في التمر لا يجوز بيعه وإن أخرجه وسلمه إلا أن يحدد بيما جديدا للشك في وجوده ، واللبن في الضرع كذلك فينبغي أن لا تصح بيعه وإن سلم كيومه انتهى . قال المولى الشهير بخبر شاه رحمه الله تعالى : والفرق ظاهر ، إذ الوجود بالفعل كاف في الهبة وإن لم يتعين به ، بخلاف البيع لأنه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ، ويشترط في انعقاد البيع التمتع على التسليم دون الهبة ، والتبرع به هذا واضح (قوله لا يحتاج إلى قبض) أقول : كناية عن الملك (قوله لانتهاء المانع) أقول : ووجود المقضى وهو ظاهر ، لكن ينبغي هنا بحث ، والأظهر أن يقال :

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيدته ، بخلاف ما إذا كان مرهونا أو مغضوبا أو مبيعا يباعا فاسدا ، لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة ، وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصى له ، وكذلك كل من يعوله .

قبل القبض وبعده رفعا للفساد ، فالمراد بقوله فوهبه إياه فوهبه في البيع الفاسد بعد أن فسخ العقد فحينئذ ينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته إياه ، بل لا يبعد أن يجعل نفس الهبة فسحا للبيع الفاسد اقتضاء . وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المثل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو يبيع فاسد بقوله بلا إذن البائع وقال : فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجيء بعد أسطر فكيف تصح هبته . أقول : لا يخفى على ذي فطنة أنه لاحصا لما ذكره . إذ لا يتصور بيع فاسد بلا إذن البائع ، لأن البيع مطلقا لا ينقد إلا بإيجاب وقبول ، والإيجاب هو الإذن من البائع . لا يقال : بمحتمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلا إذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولى مال أحد بغير إذن ماله كبيع فاسدا ويقبضه المشتري . لأننا نقول : فإن أذن له المالك في ذلك يكون البيع بإذن البائع : أى المالك ، وإن لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع أصلا ، فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الأمانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أى قبض الهبة لأجل التيم يصح من كل من يعوله نحو الأخ والعمة والأجنبي ، كذا في الشروح . قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان : أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ، ولكن ذكر في الإيضاح وغنصر الكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهم الأب ووصيه والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه ، فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبي في عيال القابض

قبض ضمان فكانا متجانسين ، ولو كان يده مغضوبا أو يبيع فاسد فوهبه إياه لم ينتج إلى تجديده ، لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف ، ولو كانت ودعية فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ، ومعنى تجديده القبض أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه بإعلام ما وهبه له ، وليس الإشهاد بشرط إلا أن فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد إدراك الولد (لأنه) أى لأن الموهوب (في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة) ويد مودعه كيدته (بخلاف ما إذا كان مرهونا أو مغضوبا أو مبيعا يباعا فاسدا لأنه في يد غيره) يعنى في الأولين (أو في ملك غيره) يعنى في الأخير (والصدقة في هذا كالهبة ، وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو في عيالها والأب ميت ولا وصى له) وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية ، وقيد بموت الأب وعدم الوصى لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) نحو الأخ والعمة والأجنبي جاز له قبض الهبة لأجل التيم . قيل : أطلق جواز قبض هؤلاء ، ولكن ذكر في الإيضاح وغنصر الكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه ، فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله ، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ، ألا ترى أنه يؤيده ويسلمه في الصنائع ، فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة ، وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التصديق ، وذلك لأنه قال : وكذلك كل من يعوله ، وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصى له فيكون ذلك في المعطوف أيضا ، لكنه اقتصر

لوجود الشرط وهو القبض (قوله لو يبيع فاسد) أقول : بلا إذن البائع ، فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجيء بعد أسطر فكيف تصح هبته (قوله قيل أطلق) أقول : التاليل هو صاحب النهاية .

(وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب) لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فأولى أن يملك المنافع . قال (وإذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز) لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب (وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز) لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه لأنه لا يلبق إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا إذا كان في حجر أجنبي يريه) لأن له عليه يدا معتبرة . ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعاً في حقه (وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه إذا كان عاقلاً لأنه نافع في حقه وهو من أهله ، وفيها وهب للصغيرة يجوز

أولم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرمة أو أجنبياً ، لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله ، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ؛ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع ، فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اه . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقليل : وأرى أنه لم يطلق ، ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لأنه قال : وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مفيد بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً ، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ووصيه كوصي الأب اه كلامه . أقول : ليس هذا بتوجيه صحيح ، إذ قد تقرر في كتب العربية أن التقييد إذا كان مقدماً على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيداً وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق إلى الفهم في الخطايات ، وأما إذا كان مؤثراً عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضاً أصلاً ، وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤثراً فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيضحمل

على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ، ووصيه كوصي الأب (وإن وهب للصغير أجنبي هبة تمت بقبض الأب لأنه يملك الأمر) الدائر بين الضر والنفع فالنفع المحض أولى بذلك) قال (وإذا وهب لليتيم هبة الخ) إذا وهب لليتيم مال فالقبض إلى من له التصرف في ماله وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه ، لأن لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الأب ، وإن كان اليتيم في حجر أمه : أي في كفها وترتيبها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية ، وكذا إذا كان في حجر أجنبي يريه لأن له يدا معتبرة ؛ ألا ترى أن أجنبياً آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعاً في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الأربعة المذكورة ، وإن قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لأنه نافع في حقه وهو من أهله : أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعاً له . فإن قيل : عقد الصبي إما أن يكون معتبراً أولاً ، فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه ، وإن كان الأول وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف مع وجود أهليته . فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه ، وفي اعتبار الحلف توفيرها أيضاً لأنه يفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزاً نظراً له ، ولعلنا لم يعتبر عقله في المردد بين النفع والضرر سداً لباب المضرة عليه ، لأن عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الأمور فلا بد من مجره برأى الولي ، وإذا وهب للصغير هبة ولها زوج فلما أن زفت إليه أولاً ، فإن كان الأول جاز قبض زوجها لما لأن الأب قد فوض أمورها إليه وهي حين زفها إليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ ماله ، وقبض الهبة من حفظ المال ، لكن لا يبطل بذلك ولاية الأب حتى لو قبضها جاز ، وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق المصنف عن كونها يجامع مثلها لأنه هو الصحيح . ونهمن من قال : إذا كانت ممن لا يجامع لا يصح قبض الزوج لها وحضور الأب لا يمنع

(قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام) أقول : فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب إلا في أربع مسائل (قوله وكذا إذا كان في حجر أجنبي) أقول : كالقبط (قوله وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف) أقول : لكنه معتبر ولهذا يملك بقبض الأب أيضاً (قوله فالجواب أن عقله ، إل قوله : ولهذا لم يعتبر عقله في المردد الخ) أقول : يعني لم يعتبر عقله في التردد .

قبض زوجها لما بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة ، بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الأب ، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضوره لا ضرورة . قال (وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز) لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوخ (وإن وهبا واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة ، وقالا يصح) لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كما إذا رهن من رجلين . وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ، ولهذا لو كانت فيما لا يقسم قبل أحدهما

ما توهمه صاحب العناية (قوله ويملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم ، وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح) قال صاحب النهاية : قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الأب : أى ويملك الزوج قبض الهبة لأجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح ، وكان هذا احترازا عما ذكر في الإيضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيا ، وقال : إنما قلت هذا لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه . واتفق أثره صاحب العناية ومراجع الدراية . أقول : فيه نظر ، لأن شيخ الإسلام خواهر زاده قال في مبسوطه : فن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبية والأب والجد والأخ . وقالوا : يجوز قبض هؤلاء عن الصغير إذا كان في عياله وإن كان الأب حاضرا كما في الزوج . ومنهم من فرق وقال بأن قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة إذا كانت في عياله حال حضرة الأب وحال غيبته ، وفي الأجنبية يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير ، وفيما ذكر من الأثارب حتى القبض حال غيبة الأب إذا كان الصغير في عياله فلا يكون لم القبض عن الصغير حال حضرة الأب ، إلى هنا كلامه ، فظهر منه أن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة قول آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله في الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى . وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الإسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط

عن ذلك فإنه يملكه وإن حضر الأب في الصحيح ، وهو احتراز عما ذكر في الإيضاح أن قبض الزوج لما إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيا ، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها فإنهم لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ولا ضرورة مع الحضور . وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الأب كما ذكرنا . قال صاحب النهاية : وإنما قلت هذا لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها ، فإن كان الثاني فلا معتبر بقبض الزوج لما لأن ذلك يحكم أنه يعولها وأن له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف . قال (وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز الخ) وإذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لاتضاء الشيوخ ، لأن الشيوخ إما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلماها جملة وهو قوله قد قبضها جملة فلا شيوخ ، وإن كانت بالعكس لا يجوز عند أبي حنيفة ، وقالا : يجوز لأن هذه هبة الجملة بينهما لاتحاد التملك ولا شيوخ في هبة الجملة كما إذا رهن من رجلين بل أولى لأن تأثير الشيوخ في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ، ثم إنه لو رهن من رجلين جاز فالحقة أولى . ولأبي حنيفة أن هذه هبة النصف من كل

(قوله قال صاحب النهاية ، إلى قوله : ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح . احترازا عنها) أقول : قال الإمام جلال الدين الخيازي : من مشايخنا من سوى بين الزوج والأجنبي والأم والجد والأخ في أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير في عياله وإن كان الأب حاضرا كما في الزوج ، ومنهم من فرق إلى آخر ما ذكره ، فحينئذ في قوله ليست رواية أخرى بحث .

صح ، ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لأنه حكمه ، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع ، بخلاف الرهن لأن حكمه الحيس ويثبت لكل واحد منهما كلا ، إذ لاتضاف فيه فلا شيوع ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن (وفي الجامع الصغير : إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبا لهما جاز ، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبا لهما لم يجوز ، وقالا : يجوز للغنيين أيضا) جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر ، والصلاحيّة ثابتة لأن كل واحد منهما تملك بغير بدل ، وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم . وفي الأصل سوى بينهما فقال : وكذلك الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض . ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد ، والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان . وقيل هذا هو الصحيح ، والمراد بالمذكور في الأصل الصدقة على غنيين ،

شيخ الإسلام ذلك الممام كيف تبع رأى صاحب النهاية في جعل قول المصنف في الصحيح متعلقا بقوله ويملكه مع حضرة الأب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى ، أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لأنه يقع حيثل فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو إليه ، وأما بعده من حيث المعنى فلأنه لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الإيضاح من أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيا لقال ويملك مع حياة الأب بدل قوله يملك مع حضرة الأب لأن الحضرة إنما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل توقف (قوله ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لأنه حكمه ، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع) قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل : ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع ، وهو يمنع القبض على سبيل الكمال ، وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا لذلك ، وإذا

واحد منهما ، ولهذا لو كانت فيها لا يقيم قبيل أحدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بقصد على حدة ، وهذا الاستدلال من جانب التملك ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال ، وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا لذلك . وإذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك ، إذ الحكم يثبت بقدر دليله ، وهذا استدلال من جانب الملك . وفيه إشارة إلى الجواب عما يقال الشيوع إنما يؤثر إذا وجد في الطرفين جميعا . فأما إذا حصل في أحدهما فلا يؤثر لأنه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعا . ووجه ذلك أن يقال : إن سلمنا أن الشيوع إنما يؤثر إذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين ، وأما المانع هو إلحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله ، وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به (قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهدا به . ووجهه أن حكم الرهن الحيس ولا شيوع فيه ، بل يثبت لكل واحد منهما كلا ، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن ، وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الأصل ، وذلك لأن رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ، ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيها عن الجواز لأنه سوى بينهما حيث عطف فقال : وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض ، والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال . ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلو فلا شيوع فيها ، وأما الهبة فيراد بها وجه الغنى والترض أنها اثنان . وقيل هذا هو الصحيح ، وتأويل ما ذكر في الأصل الصدقة على غنيين فتكون مجازا للهبة ، ويجوز المجاز على ما ذكره

(قوله وهذا استدلال من جانب الملك) أقول : لو كان تقرير الدليل ماحرره الشارح لنا قول المصنف فيكون التملك كذلك ، والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك .

ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يجوز .
ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان ، فأبو حنيفة مر على أصاه ، وكذا محمد .

ثبت الملك مشاعا وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك ، إذ الحكم يثبت بقدر دليله ، وهذا استدلال من جانب الملك انتهى .
ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : لو كان تقرير الدليل ماحرره الشارح لنا قول المصنف فيكون التملك كذلك ، وقال :
والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك انتهى . أقول : كأنه فهم من قول صاحب العناية :
وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط ، فأورد عليه أنه لنا حينئذ قول المصنف
فيكون التملك كذلك ، وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتدائية في قوله
من جانب الملك ، وهذا لا ينافي أن يضرح عليه كون التملك أيضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل . ثم إن قوله والظاهر
من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين
دارا لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد : يجوز . ولو قال لأحدهما نصفها
وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التخصيص في المبة إما أن يكون ابتداء من غير سابقة الإجمال ، أو يكون بعد
الإجمال فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف ، سواء كان التخصيص بالتفصيل كالثلاثين أو بالتساوي كالتخصيص ، وإن كان
الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا : أي سواء كان متافضلا أو متساويا وجاز عند محمد مطلقا ، وفرق أبو يوسف بين المفاضلة
والمساواة : ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية ، وقد أشار إليه المصنف بقوله عن أبي يوسف فيه روايتان . ثم
إن صاحب النهاية جعل قول المصنف ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا . حيث
قال : ولو فصل ابتدائيا بالتخصيص من غير سابقة الإجمال بأن قال لأحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف
هكذا ذكر في عامة النسخ من الأخيرة والإيضاح وغيرها ، وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه .

في الكتاب أن كل واحد منهما تملك بغير بدل . قال (ولو وهب لرجلين دارا الخ) اعلم أن التخصيص في المبة إما أن يكون
ابتداء أو بعد الإجمال ، فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التخصيص بالتفصيل كقول وهبت لك ثلثي لشخص وهبت
لك ثلثي الآخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه وللآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب ، وإن كان الثاني لم يجز عند
أبي حنيفة مطلقا : أي سواء كان متافضلا أو متساويا مر على أصله ، وجاز عند محمد مطلقا مر على أصله ، وفرق أبو يوسف
بين المساواة والمفاضلة : ففي المفاضلة لم يجوز في المساواة جوز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي يوسف
فيه روايتان ، هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن
أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ، ونقل عن عامة النسخ من الأخيرة والإيضاح وغيرها أنه لم يجز بلا خلاف ، وليس
بظاهر لأن المصنف عطف ذلك على التخصيص بعد الإجمال ، فالظاهر أنه ليس ابتدائيا . والفرق لأبي يوسف ما ذكره في الكتاب
أن بالتخصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ، وهو دليل على صورة التخصيص بالتفصيل

(قوله فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التخصيص بالتفصيل كقوله وهبت لك ثلثي لشخص وهبت لك ثلثي لآخر ، أو بالتساوي
كقوله لشخص وهبت لك نصفه وللآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول : قوله لشخص متعلق بقوله وهبت لك ثلثي لآخر متعلق أيضا له ،
والمتى كقوله لشخص وهبت لك ثلثي وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثي ، وقوله التخصيص بالمعاد المهمة ، وقوله بالتفصيل بالضاد
المجبة ، وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالتفصيل ، والتضمين في قوله ولم يذكره راجع إلى الأول في قوله فإن كان الأول لم
يجز بلا خلاف (قوله وليس بظاهر) أقول : أي ما ذكره صاحب النهاية (قوله لأن المصنف عطف) أقول : ظاهر لقرين (قوله على التخصيص
بعد الإجمال) أقول : فإن قيل يمتنع وما المانع من السلف على قوله ولو وهب الخ . قلنا : اتحاد التملك : أي تملك المفاضلة والمساواة فتأمل .

والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ، ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض .

(باب الرجوع في الهبة)

وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب إليه صاحب النهاية هاهنا : وليس هذا بظاهر لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال ، فالظاهر أنه ليس ابتدائيا انتهى . أقول : يرشد الى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال : ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها ولم يقل ولو وهب لأحدهما نصفها وللآخر نصفها ، إذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الأولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ، ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الأولى من التفصيل الواقع بعد الإجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الإجمال في الأولى بطريق المفاضلة وفي الأخرى بطريق المساواة انتهى كلامه .

(باب الرجوع في الهبة)

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج إلى بيان مواضع الرجوع وموانعه

وعلى صورته بالتساوى على رواية عدم الجواز . وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بمحتاجة إلى دليل ، وهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل إن في قوله إن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع لإخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الأبعاض ، وما ليس فيه خلاف من الأبعاض ؛ فإنه لو نص على الأبعاض بالتنصيص بعد الإجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز ، وإنما لا يجوز عنده التنصيص على الأبعاض بالتنصيص إذا لم يتقدمه الإجمال ، وذلك لأنه يستدل على ما عدل فيه عن أصله ، والمذكور في الكتاب يدل عليه . وأما صورة الجواز فليست بمحتاجة إلى الدليل لجريانها على أصله ، ووضح دلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن فقال : ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض ، خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناء على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضا ، وهو أن التفصيل إذا لم يخالف مقتضى الإجمال كان لغوا كما في التنصيص في الهبة ، لأن موجب العقد عند الإجمال تملك كل واحد منهما النصف ، ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا ، وإذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا ويفيد تفريق العقد ، فكانه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حلا لكلام العاقل على الإفادة ، وكما في الرهن فإن حالة التفصيل فيه تخالف حالة الإجمال لأن عند الإجمال يثبت حق المجلس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت .

(باب الرجوع في الهبة)

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا ، وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج إلى ذكر

(قوله وعلى صورته بالتساوى) أقول : الياه متعلق بالفسير في قوله صورته (قوله وهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الن) أقول : القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لأنه يستدل) أقول : هذا ناظر إلى قوله وهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الن (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول : يعني يستوى في الرهن المساواة الن .

(باب الرجوع في الهبة)

قال (وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعي : لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » ولأن الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضافه ، بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه لم يتم التملك لكونه جزءا له . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » أي ما لم يعوض ،

وهذا باب (قوله وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النباهة : هذا اللفظ يحتاج إلى القيود : أي إذا وهب هبة لأجنبي أو لذى رحم ليس بمحرم أو لذى محرم ليس برحم وسلمها إليه ولم يقرن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها إما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه ، وبين كون هذه القيود محتاجا إليها بما لا مزيد عليه . وقال صاحب العناية : والمراد بالأجنبي هاهنا من لم يكن ذارح محرم منه ، فخرج منه من كان ذارحاً ورحم وليس بمحرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرماً ليس بذى رحم كالأخ الرضاعي ، وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ، ولا بد من قيد بين آخرين : أحدهما وسلمها إليه . والثاني ولم يقرن من موانع الرجوع شيء . حال عقد الهبة ، ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى . أقول : في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش ، إذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب وأجنبي لإخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة ، وإنما بقي منها الهبة التي كانت بين الرجلين ، ولا يخفى فساد ذلك ، بل الصواب أن التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لإخراج المؤنث ، وإنما هو للجرى على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكور على الإناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الأصول ، وأن الزوجين إنما يخرجان من هذه المسئلة بثاني القيدين اللذين اعترف الشارح الزبور أيضاً بأنه لا بد منهما ، واعتذر عن تركهما بما ذكره وذلك إن لم يقرن من موانع الرجوع شيء . حال عقد الهبة ، إذ لا شك أن الزوجية من جملة تلك الموانع . ثم أقول : لما منع أن يمنع انفهام القيد الأول من ذين القيدين في أثناء كلام القدوري في مختصره ، والعهد في هذه المسئلة على القدوري لأنها من مسائل مختصره تأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » أي ما لم يعوض) لا يقال : يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون

فلك ، وهذا الباب لبيانه (وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالأجنبي هاهنا من لم يكن ذارحاً محرم منه . فخرج منه من كان ذارحاً ورحم وليس بمحرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرماً ليس بذى رحم كالأخ الرضاعي . وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها إليه والثاني ولم يقرن من موانع الرجوع شيء . حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (وقال الشافعي : لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم) ولأن الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضافه (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد لولده وتقريره أنا لا نسلم ذلك لأن التملك لم يتم لكونه جزءاً له (قوله على أصله) أي على الشافعي فإن من أصله أن للأب حق الملك في مال ابنه لأنه جزءه أو كسبه فالتملك منه كالتملك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » أي ما لم يعوض) لا يقال : يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لأن ذلك لا يصح لأن قوله أحق يدل على أن لغيره

(قوله وهذا الباب لبيانه) أقول : فيه بحث (قوله ذارح محرم) أقول : جر على الجوار (قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان) أقول : فيه أنه لو صح ما ذكره نخرج المرأتين وكل رجل وامرأة يهب أحدهما لآخر ، بل الوجه إسالة خروج إلى القيد الثاني . الذي لا بد منه فإن النساء يدخلن في أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ما علم (قوله أحدهما وسلمها إليه) أقول : لا بد من هذا القيد ، وإلا لا يكون رجوعاً بل استعانة ولا خلاف في جوازه (قوله والثاني ولم يقرن من موانع الرجوع شيء . حال عقد الهبة) أقول : فيه شيء (قوله وألفقه لا يقتضي ما يضافه) أقول : من الذي ادعى الانتفاء (قوله على أصل الشافعي) أقول : الظاهر أن يقال على أصل الشافعي (قوله فإن من أصله إلخ) أقول : بل الظاهر أن المراد أصله في تجويز الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته »)

ولأن المقصود بالعقد هو التبرع للعامة :

حجة . لآنا نقول : لا يصح ذلك لأنه أطلق اسم الهبة على المال ، وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ، ولأنه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها ، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق ، وذلك إما يكون بعد القبض ، ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يشب منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية ، وهكذا ذكر في العناية أيضا إلا الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب ، وقد أشار في الكافي أيضا إلى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الوهاب أحق بهته ما لم يشب منها » أي لم يعوض ، والمراد حق الرجوع بعد التسليم لأنها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم وإضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له كرجل يقول أكلنا خبز فلان الخبز وإن كان اشتراه منه ، ولأنه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ، ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لا بعد تمام الهبة بالقبض ، إذ لاحق للموهوب له قبل القبض ، ولأنه مدّ هذا الحق إلى وصول العوض إليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى . أقول : في الوجه الأول والثاني من تلك الوجوه بحث . أما في الأول فلأن عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع ، فإن القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة . ولئن سلم عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز إطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار ما ينول إليه كما في نحو - أراي أعصر خرا - وقد جوزت إضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له وهذا ليس بأبعد من ذلك . وأما في الثاني فلأنه قد تقرر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والإضافة ، ومن ومنه قوله تعالى - وهو أمون عليه - إذ ليس شيء أمون على الله تعالى من شيء فلفظ أحق في هذا الحديث المذكور عار عن الأمور الثلاثة المزبورة ، فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهته ما لم يشب منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق . نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعل مستعملة في معنى التفضيل ، لكن المعترض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ، ولا يخفى أن الاختيال كاف في مقام المنع قاذح في مقام الاستدلال ، على أن لقاتل أن يقول : لو كان معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ، ولما قال النبي عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالعائد في قبته » لأن الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب ، فالوجه تجريد أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتأمل . ثم إن بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال : هذا يجر إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح : يعنى صاحب العناية . أقول : صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والرجيح بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله ولأن المقصود بالتقديرو التبرع للعامة) لأن المادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بمجاهه وإلى من دونه ليعلمه

فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يشب منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله (ولأن المقصود في الهبة هو التبرع للعامة) لأن المادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بمجاهه ، وإلى من دونه ليعلمه ، وإلى من يساويه ليعوضه ، وإذا تطرق الخلل فيها هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري إذا وجد

أقول : ولك أن تتأمل في أسقية الواهب بعد التسليم ، فإن الثابت للموهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التملك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثاني أحق من الأول ، إلا أن يقال : الأحقية باعتبار أن الواهب حق التملك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول : فيه بحث ، لأن للموهوب له حق التبرع لملكه في المجلس عندنا على ما مر (قوله ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يشب منها عن الفائدة الخ) أقول : هنا يجر إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح (قوله لأن المادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بمجاهه الخ)

فثبت له ولاية الفسخ عند فواته ، إذ العقد يقبله ، والمراد بما روى نبي استبداد الرجوع وإثباته للوالد لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعاً . وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالعائد في قبته » وهذا لاستقباحه ،

ولم ينسأ به ليعوضه انتهى . وقال بعض الفضلاء : المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالتساوين والمدعى كان أعم انتهى . وقد سبقه إلى هذا الدخل الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية : قلت : فعمل هذا ليس له الرجوع إلا في الثالث ، ومع هذا له الرجوع في الكل ما لم يعوض انتهى . أقول : يمكن توجيه ما ذكر في العناية بأن المراد بالتعويض في قوله وللم من يساويه ليعوضه هو التعويض المالي ، وبالتعويض في قوله إن المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال ، فالمخصص بالتساوين هو التعويض المالي ، وأما التعويض المطلق فيوجد في الأعلى والأدنى والمساوي ، والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعى أعم فإنه يدل على جواز الرجوع في الكل ما لم يعوض تأمل تفهم . واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية : توضيحه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمكافأة ، لأن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بمجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه ، ومنه يقال : الأيادي قروض انتهى . ثم إن صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال : أقول : على هذا التعليل لو قيد بنى العوض ينبغي أن يتمتع الرجوع لأنه ظهر أن العوض ليس بمقصود ، ولكن قوله عليه الصلاة والسلام « ما لم يعوض » يدل على جواز الرجوع وإن قيد بنى العوض انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأننا لانسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقيد بنى العوض ، فإن التعويض من الموهوب له ليس بإيجاب الواجب إياه والعائد بل بحسب مروءة الموهوب له ، وجرى العادة على التعويض ، وبنى الواجب التعويض لا يفوت ذلك ، بل ربما يكون نفيه إياه سبباً لهيجان مروءة الموهوب له ، ويموز أن يقصد ذلك الواجب بنفيه إياه ذلك المعنى . ولئن سلمنا ظهور ذلك فتقول : الوجه المذكور علة نوعية لإثبات نوع الحكم ، وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (قوله لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعاً) أي باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم ، كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء : بل شراء إضراباً عن قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم . أقول : ليس هذا بصحيح لأن المراد بتملك الوالد هاهنا تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لأن الشراء مما لا مساس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعاً ولأن قولهم للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة في تملكه بالشراء ، على أنهم صرحوا بالأول حيث قال في البدائع : فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للاتفاق على نفسه انتهى . وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يجب لولده عند احتياجه إلى ذلك للاتفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعينات (قوله وقوله في الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالعائد في قبته » وهذا لاستقباحه) قال الشارح العيني : قيل قد استدلل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشرطون

بالمبيع عيباً (فثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود إذ العقد يقبله ، والمراد بما روى نبي استبداد الرجوع) يعني لا يستبدد الواجب بالرجوع في الهبة ولا يتفرد به من غير قضاء أو رضا إلا الوالد فإن له ذلك إذا احتاج إليه لحاجته ، وبمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم (وقوله في الكتاب) أي القدوري (فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم « العائد في هبته كالعائد في قبته » وهذا لاستقباحه) لا تحريره بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر

أقول : المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالتساوين والمدعى كان أعم (قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم) أقول : بل شراء (قوله وهذا لاستقباحه لا لتحريره) أقول : فيه بحث (قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث آخر) (٦ - تكملة فتح القدير حن - ٩)

ثم الرجوع موانع ذكر بعضها فقال (إلا أن يعوضه عنها) لحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد .

في جوازه الرضا أو القضاء ، فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا إشكال ، وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية ؟ وكيف تكون إعانته على المعصية التي هي معصية أخرى متتجة للجواز ؟ وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعد ذلك لأن قضاء القاضي لا يجلل الحرام ولا يجرم الحلال ، وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه ، فإذا كان الرجوع في المبة لا يجلل لا يصير بالقضاء حلالا ، وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في أصل الرجوع في المبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر واه مكروه انتهى كلامه . أقول : هذا الإشكال إنما نشأ من عدم الوقوف على أن عمل القضاء فيما نحن فيه ماذا ، فإن الذي كان مكروها إنما هو نفس الرجوع عن المبة لا جواز الرجوع عنها ، والذي يكون محلا للقضاء إنما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع ، فإن القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند التراجع مع الموهوب له أرجع عن هبتك ، بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه ، وليس في قضائه هذا إعانة على أمر مكروه بل فيه إجراء حكم شرعي على أصل أثمتنا وهو جواز الرجوع عن المبة مع كراهة فيه ، فإن رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا بإعانة القاضي عليه ، وإن امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها إليه يلزمه القاضي دفعها إليه ، وليس فيه أيضا إلزام المكروه لأن دفع المبة إلى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وإن كان نفس الرجوع مكروها . ثم إن القاضي لا يجلل الحرام ولا يجرم الحلال ، ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه يتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه . ثم إن الضعيف إذا كان ناشئا من اختلاف العلماء في مسألة لا يمنع القاضي عن الإقدام على الحكم بها سيما إذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا التقييم كما ترى فاندفع الإشكال المذكور بخلافه ، هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله أوتريد زيادة متصلة) قال صاحب العناية : ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب اهـ . أقول : بل من ذلك القيد الآخر بد بقوله أو تزيد زيادة متصلة ، لأن مالا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وإن كان في صورة الزيادة كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيها بهد وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة ، فلأنها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا ، فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالإصبع الزائدة مثلا اهـ . والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج إلى قيد زائد ، ولقد أحسن صاحب

العائد في هبته كالكلب يوم ثم يعود ، حيث شبهه بعود الكلب في قبته ، وفعله لا يوصف بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعني القدوري ، وقد جمعها القائل في قوله :

موانع الرجوع في فصل المبة يا صاحبي حروف دمع خرقه

فالدال الزيادة ، والميم موت الواهب أو الموهوب له ، والعين العوض ، والخاء خروج المبة عن ملك الموهوب له ، والراء الزوجة ، والقاف القرابة ، والهاء هلاك الموهوب . وذكر المصنف (فقال إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال : تورث زيادة في قيمة الموهوب ، أما اشتراط الزيادة فلأن النقصان لا يمنع الرجوع ، وأما اشتراط الاتصال فلأن المنفصلة لا تمنع ، فإن البحارة الموهوبة إذا ولدت كان للواهب الرجوع وإنما منعت المتصلة (لأنه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم إمكان الفصل ، ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلأنها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا ، فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالإصبع الزائدة مثلا ، وطوب

قال (أو يموت أحد المتعاقدين) لأن يموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته ، وإذا مات الواهب فوارثه أجني عن العقد إذ هو ما أوجبه . قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه ، ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه . قال (فإن وهب لآخر أرضا بيضاء فأثبتت في ناحية منها نخلا أو بئنا أو دكانا أو أرييا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها) لأن هذه زيادة متصلة . وقوله وكان ذلك زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة أصلا ، وقد تكون

النهاية في البيان هاهنا حيث قال : ثم اعلم أن المزداد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال . أما لو زاد الموهوب في نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فإنه قد يكون الشيء زيادة صورة نقصانا معنى كالإصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال : هكذا كلة في الذخيرة . ثم أقول : بئى هاهنا شيء وهو أنهم صرحوا بأن الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالإصبع الزائدة لا تمنع الرجوع ، مع أن الدليل الذي ذكروا المنع الزيادة المتصلة الرجوع ، وهو أنه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة مدم الإمكان ، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة أيضا فليتأمل في التوجيه (قوله فإن وهب لآخر أرضا بيضاء فأثبتت في ناحية منها نخلا) قال صاحب العناية : هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اهـ . أقول : وجه التأخير أن المصنف كره أن يفصل بين الألفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسألة مختصر القادوري يذكر مسألة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسألة ، فإن المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه . وقال بعض الفضلاء في الاعتدال عنه : إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التصريح على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اهـ . أقول : ليس هذا بشيء لأن المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التصريح على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمة والزوجة من أصول الموانع بين التفريعات بقوله وإن وهب هبة للذي رحم محرم منه

بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعيب . وأجيب بأن الرد في المنفصلة إما أن يرد على الأصل والزيادة جميعا ، أو على الأصل وحده لا سبيل إلى الأول ، لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية ، والأول لا يصح لأن العقد لم يرد عليها والنسخ يرد على مورد العقد ، وكذلك الثاني لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة ، ولا إلى الثاني لأنه تبقى الزيادة في يد المشتري عيانا وهو ربا ، بخلاف الرجوع في الهبة فإن الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له عيانا لم تنقض إلى الربا ، وأما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه إسقاط حقه برضا فلا تكون الزيادة مانعة عنه ، بخلاف الرجوع في الهبة فإن الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة (وإذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا ، لأنه إن مات الموهوب له فقد انتقل الملك إلى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما إذا انتقل في حال حياته ، وإذا مات الواهب فوارثه أجني عن العقد إذ هو ما أوجبه ، وكذلك إذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لأنه حصل بتسليطه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه) وهو التملك وتبطل الملك كتهليل العين ، وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب . قال (فإن وهب لآخر أرضا بيضاء الخ) هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم . والآرى هو المعلق عند العامة وهو المراد عند الفقهاء . وعند العرب الآرى : الأخية ، وهي عروة حبل تشد إليها الدابة في محبسها ، فاعول من تأثر بالمكان : إذا أقام فيه ، وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والوالو للحال لأن ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها ، وكلامه واضح .

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول : إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التصريح على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع في غيرها) أقول : ليس في غله .

الأرض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها . قال (فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) لأن الامتناع بقدر المانع (وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها) لأن له أن يرجع في كلها فكذلك في نصفها بالطريق الأولى . قال (وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها » ولأن المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة ، وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد ، حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ، ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع . قال (وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود ، وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً (وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبذل الخلع والصلح :

فلا رجوع فيها ، ويقول وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر ، تبصر تقف (قوله فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) أقول : قيد النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم ، والظاهر عدم التقيد بذلك كما وقع في عامة المعينات ، إذ الحكم فيها إذا باع نصفها مقسوماً كذلك قطعاً وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به ، وكان وجه التقيد في الكتاب إرادة إثبات الحكم في المقسوم بالطريق الأولى ، فإنه لما صح الرجوع في الباقي فيها إذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيها إذا باع نصفها مقسوماً أولى كما لا يخفى ، وسيأتى التعرض من الشراح لنظير هذا في قوله

وقوله (وإذا قال الموهوب له للواهب) بيان الألفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع إلى الواهب عوضاً يبطل به الرجوع ، وأما إذا وهب من الواهب شيئاً ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته ، وليس من شرط العوض أن يساوى الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لأنها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا ، ولا أن ينحصر العوض على الموهوب له ، بل لو عوضه عنه أجنبي متبرعاً صح (وإذا قبضه الواهب بطل الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبذل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والإفراز لأنه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب مثل أن يكون الموهوب داراً والعوض بيت منها أو الموهوب ألفاً والعوض درهم منها فإنه لا ينقطع به حق الرجوع لأننا تعلم يبين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافاً لفرقائه قال : التحق ذلك بسائر أمواله بالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذلك بهذا . والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض . صحیح دون سائر أمواله فلم يلتحق به . فإن قيل : هل في قوله متبرعاً فائدة أو ذكره اتفاقاً ؟ أجيب بأنه من إثبات الحكم بطريق الأولى ، وذلك لأن الرجوع لما يبطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل ، لأن الموهوب له يؤدي إلى المتعوض ما أمره به ظاهراً فصار كعوضه بنفسه ، ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع ، فكذلك إذا عوض بأمره ، غير أن المتعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحاً . أما إذا كان بغير أمره فظاهر ، وأما إذا كان بأمره فلا أن التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمراً بالتبرع بماله نفسه على غيره وذلك

(قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول : معطوف على قوله أن يساوى الموهوب (قال المصنف : كبذل الخلع والصلح) أقول : قال في الكافي عن دم الصد وإنما قيده به ليستقيم معنى الإسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول : يعني يشترط في العوض (قوله لأننا تعلم يبين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول : مانع هذا البين أخذه الواهب عوضاً عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول : فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول : فيه بحث .

قال (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر : يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر . ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء ، وبلاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو ، إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده . قال (وإن وهب دارا فعوضه من نصفها) رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف . قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه يختلف بين العلماء .

وإن عوضه أجني عن الموهوب له متبرعا فتبصر (قوله وقال زفر رحمه الله : يرجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وقال زفر رحمه الله : يرجع بنصف العوض . أقول : هذا سهر ، فإن المراد بالصف في قول المصنف وقال زفر

لا يجب عليه الضمان ما لم يضمن (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه ، وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر : يرجع بنصف العوض) قاس أحد العوضين على الآخر ، لأن كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض ، فإنه إذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء لأن البقاء أسهل من الابتداء ، ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق ، إذ به ظهر أنه لا عوض من الابتداء إلا هو . وعروض بأن القرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء الموضع ، فإذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء . وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقiquا ، وما نحن فيه ليس كذلك ، فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل ، بخلاف ما إذا كان العوض مشروطا لأنها تتم بمادة فيوزع البذل على المبدل . والجواب عن قياس زفر أن الموضع يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعاً فاعتبر المقابلة والانقسام ، وأما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ، ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله إلا أنه) أي إلا أن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يسكه ولم يرجع بشيء (لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرد ما بقي من العوض ، وإن وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف) غاية ما في الباب أنه غير من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر ، كما لو رجع في النصف بلا عوض . فإن قيل : قد تقدم أن العوض لإسقاط الحق فوجب أن يعمل في الكل لتلا يلزم تجزؤ الإسقاط كما في الطلاق . أجيب بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتباره بخلاف الطلاق . قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما الخ) . لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالرضا أو القضاء لأنه يختلف فيه بين العلماء . قيل لأن له الرجوع عندنا خلافاً للشافعي ، وإذا كان كذلك كان ضعيفاً فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها كالمهية ، فلما لما ضعفت

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول : وكذلك في بيع العرض بالعرض . وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد فتأمل (قوله ولأن ما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل في الابتداء الخ) أقول : فيه بحث ، فإن أسد الوجهين لا يستغل وجهاً إلا بملاحظة الآخر . ووقع في نسخة مقرومة على الشارح هكذا : ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء ، وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء بالاستحقاق إذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه) أقول : فيه تناسخ ، لأن الرجوع ليس من حكمه ، والمراد في إيجاب

وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ، فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء ، حتى لو كانت الهبة عبدا فأعقته قبل القضاء نفذ ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون ، وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى ، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ ،

يرجع بالنصف إنما هو نصف الهبة دون نصف العوض ، وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها (قوله وفي أصله وهاء) أى في أصل الرجوع ضعف . قال صاحب الكافي في تعليل ذلك : لأن الواهب إن كان يطلب بمقتضى فالحق له يمنعه بملكه . وقال تاج الشريعة : لأنه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ، ولهذا

لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم إليها القبض ، وفيه نظر تقدم غير مرة ، والمخلص حله على اختلاف الصحابة إن ثبت (قوله وفي أصله وهاء) أى في أصل الرجوع ضعف ، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ، ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع . قال في المغرب : الوهاء بالمد خطأ ، وإنما هو الوهي ، وهو خطأ لأن مد المقصور السامعي ليس بخطأ ، وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل ، وإن كان العوض لم يحصل (فإذا تردد) لا بد من الفصل بالرضا أو القضاء ، حتى لو كانت الهبة عبدا فأعقته قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك (قوله لم يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعده لأن أول القبض غير مضمون ، وهذا دوام على ذلك إلا أن يمنعه بعد الطلب لأنه تعدى ، وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخا من الأصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتهة لأن الملك عاد إليه بتراضيه فأشبه الرد بالبيع ، فإنه إذا كان بالقضاء كان فسخا وإذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدئ . والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدائيا ، وهاهنا تراضيا على رفع سبب غير لازم ، وذلك لا يوجب ملكا مبتدئا بل يكون فسخا من الأصل (حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع) كما إذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ، ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدئة لما صح فيها بحتمل القسمة كما في الابتداء ، فصحت دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشروع طارئ لا أثر له فيها (قوله لأن العقد) هو الدليل على المطلوب . وتقريره أن هذا العقد جائز الفسخ ما تقدم من ثبوت حق الرجوع ، وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له ، ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضى وهو الفسخ فيظهر على الإطلاق ليشمل التراضي والقضاء .

ما هو حكمه (قوله لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم إليها القبض) أقول : منقوض بمثل بيع الباقلة والجوز والوز فخره فإنه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول : يبنى أن خلاف الشافعي متأخر ، فكيف يبنى الحكم المتقدم على ما يثبت بعد (قوله والمخلص حله على اختلاف الصحابة إن ثبت) أقول : أو التامين ، بل هو أولى لتلاخلف ادعاء أصحابنا الإجماع على جواز الرجوع من الصعابة رضى الله عنهم (قوله لأنه ثبت بخلاف القياس) أقول : فيه بحث لاتقاضه بكل ما ثبت بالنس على خلاف القياس (قوله قال في المغرب : الوهاء بالمد خطأ ، وإنما هو الوهي ، وهو خطأ لأن مد المقصور السامعي ليس بخطأ ، وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ) أقول : قال مولانا إياس : وهذا خطأ عظيم لأن الوهي على وزن الرى يسكون الماه ومد مثله خطأ لا بحالة انتهى أقول : والمذموم المصنف أن المد للزوجة (قوله فإذا تردد لا بد من الفصل الخ) أقول : ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تفرع على قوله وفي حصول المقصود الخ ، وليس كذلك بل هو متعلق بالملل الثلاث (قوله ولو منعه فهلك قبله ، إل قوله : بعده) أقول : يبنى ملك قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك) أقول : جواب بإبداء الفرق بين القياس والمقيس عليه (قوله فصحت دليل على بقاء العقد في النصف) أقول : فيه بحث (قوله وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له) أقول : الضمير في قوله له راجع إلى صاحب الحق (قوله ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء) أقول : فيه بحث (قوله لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضى وهو الفسخ) أقول : قوله هو راجع إلى ما .

فكان بالقسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق ،

يظل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتضى أثره صاحب العناية والشارح العيني . أقول : في قولهم ولهذا يظل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل ، لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور : أي فبا يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع ، فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس ، إذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يظل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة . فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس . واعترض بعض الفضلاء على قولهم لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال : فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس . أقول : هذا ساقط ، لأنه إن أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فما المخذور في ذلك ، إذ الظاهر أن كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس ، ألا ترى أنهم قالوا : كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بمورد النص ، بخلاف ما ثبت به على وفق القياس ، وإن أراد بذلك أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضا أو القضاء فهو ممنوع ، وإنما يكون كذلك لو كان قوله وفي أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء ، وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لأنه يختلف بين العلماء وفي أصله وهاء ، وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ، ولا تجرى هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا انتقاض به . ثم إن الإمام الطرزي قال في المغرب : الوهاء بالمد خطأ ، وإنما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيا إذا ضعف اه . وقد نقله عنه كثير من الشراح هاهنا ولم يتعرضوا له بشيء ، ونقله عنه صاحب العناية أيضا وقال : وهو خطأ ، لأن مد المقصور السهاحي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ اه . ولا يذهب على ذي فطنة أن الخطأ هاهنا وإنما هو في كلام صاحب العناية ، فإنه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب : وإنما هو الوهي مقصور الوهاء ، وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل يفتح الواو وسكون الهاء كالرمي ، ومن البين فيه قول صاحب المغرب : مصدر وهي الحبل يهي وهيا حيث قال وهيا ، ولو كان مقصورا لقال وهيا كما لا يخفى ، وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال : وقول صاحب العناية : لأن مد المقصور السهاحي ليس بخطأ خطأ لأن جواز مد المقصور السهاحي مبنى على وجود المقصور حتى يمد ، والمصدر هاهنا على وزن فعل يتسكين العين فن أين يتأق المد اه : ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال : فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وإنما هو الوهي : يعني يتسكين العين ، ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمد خطأ لأن هذا أيضا مصدر على وزن فعال كما تقول في قلى يقل قلى وقلاء على وزن فعال ووهاء كذلك . وقد قال الجوهري : القلى البغضي ، فإن فتحت القاف مددت تقول قلاء يقلية قلى وقلاء اه كلامه . أقول : أخطأ هذا الشارح أيضا في تخطئة صاحب المغرب لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضا مصدرا ، إذ قد تفرق في علم الأدب أن مصدر الثلاثي سهاحي لا يثبت بالقياس ، فجاء القلاء مصدرا من قلى يقل كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يكون الوهاء أيضا مصدرا من وهي يهي ، فإن الأول مسموع دون الثاني . وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلا خيار فيه على أن تخطئته إياه في قوله الوهاء بالمد خطأ يتأق تصويبه إياه في قوله وإنما هو الوهي ، لأن في قوله هذا قصر مصدر وهي يهي على الوهي يتسكين الهاء ، فكون الوهاء أيضا مصدرا منه يتأق ذلك قطعا . ثم إن صاحب الكافي ومن حذا حלוه من الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مثلثنا هذه بدليل آخر غير مذکور في الكتاب حيث قالوا : ولأن الرجوع فسخ العقدة فلا يصح إلا بمن له ولاية عامة وهو القاضي أو منهما لولايتها على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه . أقول : فيه نظر . أما أولا فلا أنه متقوض

بمخلاف الرد بالعيب بعد القبض ، لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا . قال (وإذا تلقت العين الموهوبة واستحققت ضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له ، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره . قال (وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التناقض في العوضين وتبطل بالشيوخ) لأنه هبة ابتداء (فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لأنه بيع انتهاء . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا .

يفسخ العقد في البيع الفاسد ، إذ قد مر في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع أن المشتري إذا قبض المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته . ثم إن لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض ، وكذا بعده إن كان الفساد في صلب العقد ولمن له الشرط إن كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به ، فصار الدليل المزبور منقوضا به بل هو منقوض أيضا بسائر العقود الغير اللازمة ، لأن كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به في مواضعه . وأما ثانيا فلأن قولهم كالد بالعيب بعد القبض ليس بسديد إذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ ، والحق هاهنا للواهب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سياتي . وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب هاهنا به فلا يتم التقياس ولا التشبيه تدبر (قوله بمخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا) قال صاحب العناية في تحليل قوله لا في الفسخ : لأن العيب لا يمنع تمام العقد ، فإذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى . أقول : فيه بحث ، لأنه إن أراد أنه إذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ، ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التفریب ، وإن أراد أنه إذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ، ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الإيجاب والقبول ومع هذا يقتضى ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها ، ولقوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التنويص منها كما تقرر فيما مر ، فلم لا يجوز أن يثبت للمشتري أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع . فالأظهر في تحليل ذلك أن يقال : لأن البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضى ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا لزم العقد ، بخلاف عقد الهبة فإنه عقد

وقوله (بخلاف الرد) جواب عن قياس زفر . وتقريره أن الرد بالعيب بعد القبض إنما كان في صورة القضاء خاصة ، لأن الحق هناك في وصف السلامة ، حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له لا في الفسخ ، لأن العيب لا يمنع تمام العقد ، فإذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ ، فإذا تراضيا على ما لم يقتضيه العقد من وصف السلامة ، فإن عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالراضى عين ما ثبت بالقضاء فافترقا ، وإنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالراضى . وفائدة هذا أنه لو وهب لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضى أو بغيره بخلاف لزفر في غيره ، وإذا رد المبيع ببيع على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائنه كذلك ، وبعد القبض إن كان بقضاء فكذا ، وإن كان بغيره فليس له ذلك قال (وإذا تلفت العين الموهوبة الخ) وإذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لأنه عقد تبرع ، وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل له ، أى للواهب احتراز عن المودع فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأنه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها لأجله . فإن قيل : غره .

ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين ، وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض ، وقد يترأخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه الزوم، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجعلنا بينهما ، بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه ، إذ هو لا يصلح مالاً لنفسه .

تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاقدين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل : ولنا أنه اشتمل على جهتين : جهة الهبة لفظاً ، وجهة البيع معنى ، وأمكن الجمع بينهما ، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن أعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما انتهى . أقول : فيه مناقشة ، وهى أن قوله لأن أعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما يفيد أولوية إعمال الشبهين والمدعى وجوب إعمالهما كما ترى فلا تقرب ، ويمكن دفعهما بعناية فتأمل .

بإيجابه الملك له في المحل وإخباره بأنه ملكه ، والغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري . أجاب بأن الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقاً وقد تقدم . وذكر في الخيرية أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصاً ، فإن ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع . أما الغرور في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصاً ، فإذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تب لي هذا العبد لا أن يقول بالبيع فإنه يكون بيعاً ابتداء وانتهاء بالإجماع ، أما إذا كان بلفظ على فإنه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقاضى في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوخ . فإن تقاضيا صح العقد وصار في حكم البيع يردّ بالعيب وخيار الرؤية ، وتستحق الشفعة فيه لأنه بيع انتهاء . وقال الشافعي وزفر : هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً وهو ظاهر . ولنا أنه اشتمل على جهتين : جهة الهبة لفظاً ، وجهة البيع معنى ، وأمكن الجمع بينهما ، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن أعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما . أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر : وأما إمكان الجمع فلما ذكره بقوله لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض ، وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد ، والبيع من حكمه الزوم ، وقد يوجد ذلك في الهبة كما إذا قبض العوض ، وإذا انتفى المناقاة أمكن الجمع لا محالة ، فعملنا بهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيع وهو التملك بعوض ، كالهبة في المرض فإنها تبرع في الحال صورة ووصية معنى ، فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ، ولا يتم بالشيوخ فيما يحتمل القسمة وانتهاءه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين ، وهذا لأن الألفاظ قوالب المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى إلا إذا لم يمكن الجمع بينهما ، كما إذا باع المولى عبده من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح أن يكون مالاً لنفسه .

(قوله أجاب بأن الغرور ، إلى قوله : وقد تقدم) أقول : يفتى تقدم في المضاربة .

(فصل)

قال (ومن وهب جارية لإحملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد ، والهبة لاتعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا ، والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لاتبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها .

(فصل)

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالمبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية لإحملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لاتعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد ، والهبة لاتعمل في الحمل لكونه وصفا ، والعقد لا يرد على الأوصاف مقصودا ، حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح ، فكذا إذا استثنى على ما مر في البيوع ، فإذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لأن اسم

(فصل)

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالمبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة . قال (ومن وهب جارية لإحملها الخ) اعلم أن استثناء الحمل على ثلاثة أقسام : قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد وبطل الاستثناء . وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا . وقسم منها ما يصحان فيه جميعا . فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإنه إذا وهب الجارية لإحملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد ، والهبة لاتعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الأوصاف مقصودا ، حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح ، فكذا إذا استثنى على ما مر في البيوع . فإذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها ، فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد ، والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء ، وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللين في الضرع ، فإنه إذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزءه أو اللين في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فإنه جائز استحساناً دون الحمل . وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة ، بخلاف الصوف واللين ، وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يبيع في ذلك نائياً عن الواهب ، بخلاف الجزأ في الصوف والحلب في اللين (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لاتبطل بالشروط الفاسدة) (قوله بخلاف البيع والإجارة والرهن) إشارة إلى القسم الثاني (لأنها تبطل بها)

(فصل ومن وهب جارية)

(قوله فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول : الأول ترك كلمة من ، إلا أن يقال : المراد ما نحن فيه في بيان جنسه (قوله) وأجيب أن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة ، بخلاف الصوف واللين) أقول : فيه صاه أنه انتفاع على ما مر في البيوع (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول : فإن قيل : الظاهر أن الإشارة إلى علم البطن بالشروط الفاسدة . قلنا : فيلزم المصادرة .

ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ، ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ،

الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها ، فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد .
والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض ، والقبض لا يفسد بالشروط : وإنما تؤثر الشروط في العقود الشرعية . هذا زبدة ما في الشروح . وذكر صاحب الكفاية دليلاً آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال : ولأن الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل إلا في الملقوط ، والحمل جزء من أجزائها فيكون في حكم الأوصاف ، واللفظ يرد على الذات لاعل الأوصاف فلا يصح استثنائه لأنه ليس بملفوظ اه . أقول : فيه بحث ، إذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية أيضاً لجرىانه فيها بعينه وليس كذلك قطعاً لما صرحوا به قاطبة ، وسيأتي في وصايا هذا الكتاب أن من أوصى بجارية إلا حلها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً ، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ، ولأنه يصح إفرادها بالحمل بالوصية فجاز استثنائه منه اه . وقال في الكافي هناك : فإن قيل : إذا لم يتناول اللفظ فينبغي أن لا يصح الاستثناء لأنه تصرف في الملقوط . قلنا : يكفي لصحة التزوي بزبه كما في استثناء إيليس ، على أن صحته لا تقتصر على تناول اللفظي بدليل صحة استثناء فقير حنطة من ألف درهم اه فيدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية هاهنا ، وطول بالفرق هاهنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع ، فإنه إذا وهب لرجل على ظهر الغنم من الصوف أو ما في البض من اللبن وأمره بجزء الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فإنه جائز له استحساناً ، وفي الحمل لا يجوز . وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم وجوده حقيقة . بخلاف الصوف واللبن ، وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك ثابلاً عن الواهب ، بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن ، كذا في الشروح ، وعزاه في النهاية إلى المبسوط . أقول : في كل من وجهي الجواب المذكور نظر . أما في وجه الأول فلأن ما في البطن لو لم يكن مالا أصلاً ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح إعتاقه وتدييره وإيصاؤه ، وقد صح كل منها على مانصوا عليه في مواضعه ، ويدل على صحة الأولين أيضاً المستلذان الآتيان هاهنا ، وهما قوله ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز ، وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز . وأما في وجه الثاني فلأن كون إخراج الولد ليس إليه إنما يقتضي عدم صحة الهبة فيها إذا أمره الواهب بقبض الحمل في الحال ، وأما فيما إذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا ، إذ يمكن له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة أصالة بدون النيابة عن الواهب ، ولعل هذا هو السر في أن قال بعض أصحابنا إن أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة قبض يجوز استحساناً كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في أول الجواب المذكور ، وقال : ولكن الأصح أنه لا يجوز في الحمل أصلاً لأن ما في البطن ليس بمال الخ . ثم أقول : على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهيه سالماً عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لأن مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع . وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع أيضاً من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر في باب البيع الفاسد في كتاب البيوع ، فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح الهبة فيها دون الحمل . والجواب المذكور إنما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى ، وهذا لا يجدي شيئاً يندفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب

أي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسنذكره فيها (ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لأنه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه بالإعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) في إمكان تجويز الهبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لأن الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء) في التجويز لأن الجواز في الاستثناء

ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك . قال (فإن وهبها له على أن يردّها عليه أو على أن يعقّتها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب داراً أو تصدّق عليه بدار على أن يردّها عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالحبة جائزة والشرط باطل) لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة ، والهبة لا تبطل بها ، ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف

فلا يتم المطلوب (قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك) فإن قيل : هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة . أجب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلاً في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ، كذا في العناية أخذنا من النهاية أقول : ليس الجواب بسديد ، أما أولاً فلأنه لو جعل الحمل منفصلاً في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المفضل القسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التبرير . وأما ثانياً فلأنه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة ، إذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم إضرار التبويض وإضراره كما عرف فيما مر ، فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة . نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الحاربة الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوائق الذي فيه طعام الواهب ، ولكنه أمر وراء احتمال القسمة . فإن قلت : المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لأنه كان مشاعاً يحتمل القسمة حقيقة ، ولهذا قال : فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعاً يحتمل القسمة ، ويرشد إليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوائق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة . لأن هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكماً لوجود اختلاط الملك في صورتين جميعاً انتهى . قلت : مورد أصل السؤال قول المصنف فبقى هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب ، وما ذكرته إنما يصلح توجيهاً للثاني دون الأول فلا يتم الجواب ، تأمل تقف . ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال : وكأن المصنف لما استشعر هذا السؤال أرفده بقوله أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب فهو كما إذا وهب الجوائق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى . أقول : فيه ركاكة ظاهرة ، لأن الجواب المزبور إن كان مقبولاً عنده فاستشعر السؤال المسطور لا يقتضي إرداف الوجه الأول بشيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه الأول غير وارد عليه ، وإن لم يكن مرضياً عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط (قوله أو وهب داراً أو تصدّق عليه بدار على أن يردّها عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالحبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية : هذا على طريق ألف والنشر وإلا

كان بإبطاله وجعل الحمل موهوباً (وهما التدبير يمنع عن ذلك فبقى هبة المشاع) وهي لا تجوز . فإن قيل : هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة . أجب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلاً في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ، وكأن المصنف لما استشعر هذا السؤال أرفده بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما إذا وهب الجوائق وفيه طعام الواهب ، وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي . فإن قيل : هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الإعاق غير مشابهة ؟ قلت : نعم إذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد التناهي ، فإن الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع ، ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين ، والإعاق لا يورث ذلك فلم يشابه ، والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ، ومسئلة الإعاق تشابه في جواز الهبة والتدبير لم يشابه كما تقدم (فإن وهبها له على أن يردّها عليه أو على أن يعقّتها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب داراً أو تصدّق عليه بدار على أن يردّها عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالحبة جائزة والشرط باطل) ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يردّها عليه شيئاً منها أو يعوضه لأن

البيع « لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط » ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات . قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت منها برىء . أو قال إذا أديت إلى النصف فلك نصفه أو أنت برىء من النصف الباقي فهو باطل) لأن الإبراء تمايل من وجه إسقاط من وجه ، وهبة الدين ممن عليه إبراء ، وهذا لأن الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمايكا ،

لا يصح : أعني أن قوله على أن يرد عليه شيئا متصل بقوله أو وهب له دارا ، وقوله أو يعوضه شيئا منها متصل بقوله أو تصدق عليه بدار ، وإنما قلنا هذا لأنه لو وصل قوله أو يعوضه شيئا منها بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر ، وإنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة ، وذلك إنما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار . اللهم إلا أن أراد بقوله أو يعوضه شيئا منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار ، فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيئا منها إلى قوله وإذا وهب دارا إلا أنه يازم التكرار المحض من غير فائدة شيء بقوله على أن يرد عليه شيئا منها ، انتهى كلامه . وقد اتفق أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع . أقول : في تحريرهما قصور إذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيئا منها سببا بعد قوله على أن يرد عليه شيئا منها إنما هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار ، والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ إلا بتعسف بعيد ، وهو أن يرجع ضمير منها في قوله أو يعوضه شيئا منها إلى ما هو غير مذكور هاهنا أصلا كلفظ الإعراض فيصير المعنى أو يعوضه شيئا من الأعراض لا من الدار ، فاستبعاد إرادة المعنى الأول كما يشعر به لفظة اللهم إلا إن أراد بقوله أو يعوضه شيئا منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب . ثم إن هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الأول فإنه قال فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثا أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثا أو ربعها قال : الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئا منها ، إلى هنا لفظه . ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها ، فاستبعاد إرادة ذلك المعنى بل تجوز إرادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر ، لكن بقي لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به ، وكان الإمام الرضائي تنبيه لسباجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تجريههما فقال وقوله أو يعوضه شيئا منها فيه إشكال ، فإنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائز أن فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرر محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه . أقول : . ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير ترك التردد أيضا ، بل قصر على الشق الثاني لكون ذلك نصا في هذا الشق كما نهت عليه آتفا . ثم إن صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسئلة أيضا حيث لم يتعرض للشق الأول أصلا ، بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال : ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه لأن الرد عليه

الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا ، فإن كونه عوضا إنما هو بالفاظ تقدم ذكرها ، وإنما بطل الشروط لأنها فاسدة لمخالفتها مقتضى المقد ، لأن مقتضاها ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت ، فإذا شرط عليه الرد أو الإعتاق أو غير ذلك فمقيدها ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة . وأصل ذلك ما روى وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها إليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له ؛ بخلاف البيع فإنه يبطل بالشروط الفاسدة لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرطه ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها . قال (ومن له على آخر ألف درهم (ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت منها برىء . أو أنت منها برىء من النصف فلك نصفه أو أنت برىء من النصف

ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطا ، ولهذا قلنا إنه يرتدّ بالرد ولا يتوقف على القبول ،

لا يستلزم كونه عوضا ، فإن كونه عوضا إنما هو باللفاظ تقدم ذكرها انتهى . أقول : فيما قاله نظر ، لأن الرد عليه وإن لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به إلا أنه يشمل ذلك ويعمه ، إذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة أعطاه الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار أنه مردود على الواهب ، فكان قوله على أن يرتدّ عليه شيئا منها مغنيا عن قوله أو يعوّضه شيئا منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة ، وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوّضه شيئا منها مصروفا أيضا إلى المبة دون التصديق ، وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية . قال صدر الشريعة في شرح الوفاية في هذا المقام : رأيت في بعض الحواشي أن قوله أو يعوّضه شيئا منها يرجع إلى التصديق ، فإنه إذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط ، وإذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح . أقول : إذا وهب بشرط أن يعرض شيئا فالشرط باطل ، وشرط العوض إنما يصح إذا كان معلوما ، فعلم أن قوله أو يعرضه يرجع إلى المبة والصدقة ، إلى هنا كلامه . وأقول : التوجيه الذي ذهب إليه صدر الشريعة خلاف ما أراده واضع هذه المسئلة ، فإن واضعها الإمام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه : أو يعوّضه ثلثا أو ربعها ، ولا ينبغي أن تلت الدار أو ربعها أمر معين معلوم ، فكان وضع المسئلة فيها إذا كان العوض معلوما ، إلا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الإجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا : أو يعرضه شيئا منها ، فلفظ شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول . ثم إن بعض العلماء ردّ على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال : فيه كلام ، وهو أن المفهوم من هذا القول أنه إذا وهب بشرط أن يعرضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط ، لأن العوض معلوم مع أنه ليس كذلك ، إذ قد صرح في غاية البيان بأنه إذا وهب دارا أو خمسة دراهم بشرط أن يعوّضه بيتا معينا منها أو درهما واحدا من تلك الدراهم تصح المبة والشرط فاسد ، لأن بعض المبة لا يصلح أن يكون عوضا وللواهب أن يرجع في هبته لانعدام العوض . وقال ذلك البعض : ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضا كما لا يخفى انتهى . أقول : كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام ، فإن مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في ردّ ذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوّضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة ، فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة وما ذكر في بعض الحواشي إنما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا ، والأمر كذلك بلا ريب ، وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعينات هو أنه إذا شرط الواهب أن يعوّضه بعضا من العين الموهوبة تصح المبة ويفسد الشرط ، وهذا أيضا أمر مقرر لا عند زفر ، ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس مفهوما مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي ، فلا يرد عليها ما توهمه ذلك البعض . نعم يرد على مدارها أن مما لا يساعده اللفظ أصلا في أصل وضع هذه المسئلة كما نهبت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جدا ، فإن تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من

الباقى فهو باطل ، لأن الإبراء تملك من وجه لارتداده بالرد ، إسقاط من وجه لأنه لا يتوقف على القبول ، وهبة الدين من عليه إبراء لأنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تملكها من وجه إسقاطا من وجه . والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يخلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها إلى ما فيه تملك . فلان قيل : قولهم هبة الدين من عليه الدين لا يتوقف على القبول مقفوض بدين الصرف والسلم فإن رب الدين إذا أبرأ المدين منه أو وهبه له توقف على قبوله . أجب بأن توقفه على ذلك لا من حيث أنه هبة الدين بل من حيث أنه يوجب انقضاء العقد بغوات القبض المستحق بعقد الصرف ، وأحد العاقلين لا ينفرد بنسخه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا إنه يرتدّ بالرد) يفيد بطلان قوله أن عمل الرد في المجلس وغيره سواء هو المروي عن السلف .

والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها . قال (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ، ومعناه أن يجعل داره له عمره ، وإذا مات تردّ عليه فيصح التملك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقي باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : جائزة) لأن قوله دارى لك تملك . وقوله رقي شرط فاسد كالعمرى . ولهما وأنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وردّ الرقي ، ولأن معنى الرقي عندهما إن متّ قبلك فهو لك ، واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل ، وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به ؛

الأقوال مما لم أسبق إليه ، فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية : هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة مالا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها . أقول : في قوله والإبراء عن الدين منها خبط ظاهر ، إذ قد مرّ أنّ الإبراء تملك من وجه إسقاط من وجه ، فكيف يكون من الإسقاطات المحضة فكانه غفل عن قيد المحضة . وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لأن قوله دارى لك تملك وقوله رقي شرط فاسد كالعمرى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وعند أبي يوسف جائزة ، لأن قوله دارى لك هبة وقوله رقي شرط فاسد ، لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقي مأخوذاً من المراقبة ، وإن كان مأخوذاً من الإرقاب فكانه قال رقية دارى لك فصار كالعمرى انتهى . أقول : في الصورة الثانية بحث ، إذ على تقدير أن يكون معنى قوله دارى لك رقي عندكون الرقي مأخوذاً من الرقة رقية دارى لك لا يثبت قوله ، وقوله رقي شرط فاسد إذ لا فساد لأن يقال رقية دارى لك في شيء كما ترى ولا يمتّ قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى (قوله ولأن معنى الرقي عندهما إن متّ قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية : يشير إلى أن أبا يوسف قال يجوزها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقة كما ذكرنا . وقيل عليه أن اشتقاق الرقي من الرقة مما لم يقل به أحد ، وإبداع الشيء في اللغة بعد استقرارها

وقال بعضهم : يجب أن يردّه في مجلس الإبراء والهبة . وقوله (بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة مالا يحلف بها : أى لا يقبل التعليق بالشروط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها . ومنها ما يحلف بها (كالطلاق والعناق) وغيرهما (والعمرى) وهو أن يجعل داره لشخص عمره ، فإذا مات تردّ عليه (جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته من بعده لما روينا) أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى (والشرط) وهو قوله فإذا مات تردّ عليه (باطل لما روينا) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعمر ، وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله دارى لك هبة (والرقي) وهو أن يقول الرجل لغيره دارى لك رقي (باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) لا نفيد ملك الرقة ، وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع فيه ويبيعه في أى وقت شاء لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع) وعند أبي يوسف جائزة لأن قوله دارى لك هبة وقوله رقي شرط فاسد) لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقي مأخوذاً من المراقبة وإن كان مأخوذاً من الإرقاب فكانه قال : رقية دارى لك فصار كالعمرى (ولهما) ما روى الشعبي عن شريح (وأن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وردّ الرقي) ولأن معنى الرقي عندهما أن يقول : إن متّ قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلاً (وقوله لأن معنى الرقي عندهما يشير إلى أن أبا يوسف قال

(قوله فيكون قوله دارى لك هبة) أقول : قوله هبة خير يكون (قوله وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع الخ) أقول : فيه بحث ، والظاهر المير .

(فصل في الصدقة)

قال (والصدقة كالهبّة لا تنصح إلا بالقبض) لأنه تبرّع كالبهية (فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة) لما بينا في الهبة (ولا رجوع في الصدقة) لأن المقصود هو الثواب وقد حصل ، وكذا إذا تصدق على غنى استحسانا لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب ، وكذا إذا وهب الفقير لأن المقصود الثواب وقد حصل .

لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن : إلى هنا كلامه . أقول : لاشك أن المصنف يشير بقوله المذكور إلى أن أبا يوسف قال يجوزها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ، ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه أن اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد ، بل مراده بذلك ما به عليه صاحب الكافي وجمهور الشراح بقولهم : وحاصل الاختلاف بينهم راجع إلى تفسير الرقي مع اتفاقهم أنها من المراقبة . فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع ، فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى . وقالوا : المراقبة في نفس التمليك لأن معنى الرقي هذه الدار لآخرنا موتا كأنه يقول : أراقب موتك وترقب موتي فإن متّ قبلك فهي لك وإن متّ قبلي فهي لي ، فكان هذا تطبيق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وإذا باطل ، انتهى قولهم . فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه أن اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى . ثم إن صاحب غاية البيان قال في هذا المقام : وعندى قول أبي يوسف أصبح ، إذ غاية ما في الباب أن يقال الشرط فاسد ، ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لأن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد كما في العمرى انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الهبة إنما لا تبطل بالشرط الفاسد إذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء . وأما إذا منع ذلك فلا مجال لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك ، وفيما نحن فيه يمنع الرقي ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما إياها كما تحققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده ، ولو قال دارى لك رقي أو حبيس فهو باطل عند محمد

يجوزها لا بهذا التفسير ، بل بتفسير آخر . وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا . وقيل عليه أن اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد ، وإبداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن . فإن قيل : فما جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقي ؟ أجيب بأنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقي مفسرا بوجه واضح صحيح فأجاب بجوازه ، والله تعالى أعلم .

(فصل في الصدقة)

لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وجعل لها فصلا . قال (الصدقة كالبهية) الصدقة لا تتم إلا بمقبوضة لأنها تبرّع كالبهية فلا تجوز فيها يحتمل القسمة مشاعا ، لما بينا في الهبة أن الشيعي يمنع تمام القبض المشروط ، ولا رجوع فيها لأن المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبّة عوض عنها ، وفيه تأمل فإن حصول الثواب في الآخرة أفضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بمحصله . ويمكن أن يقال : المراد به حصول الوعد بالثواب فإذا تصدق

(فصل في الصدقة)

(قوله فإن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بمحصله) أقول : كان يمكن في الإيراد أن يقال حصول الثواب إنما هو في الآخرة ، فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع بالمحصل فيها لأن الله تعالى لا يخلف الميعاد .

(ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بمنس ما يجب فيه الزكاة . ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجمع) ويروى أنه الأول سواء ، وقد ذكرنا الفرق . ووجه الروایتين في مسائل القضاء (ويقال له أمسك ماتفق على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب ، فإذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل .

(كتاب الإجازات)

وأبي حنيفة خلافا لأبي يوسف . والأصل أن الشرط في الهبة إذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة ، وإن كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويبطل الشرط ، ثم تفسر العمري أن يقول : جعلت هذه الدار لك عرك فإذا مت فهي رد على فيصح الهبة . لأن هذا الشرط لا يمنع أصل التملك . وتفسير الحنبل أن يقول : هي حبيس عندي ، فإن مت فهي لك . وتفسير الرقبي أن يقول : هذه الدار لآخرنا موتا ، وهي من المراقبة لأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول : أراقب موتك وترقب موتي فإن مت فهي لك وإن مت فهي لي فهي باطلة ، لأن هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال ، إلى هنا كلامه فاضمحل ماقاله صاحب العناية .

(كتاب الإجازات)

لما فرغ من بيان أحكام تملك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تملك المنافع بعوض وهو الإجارة ، وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع ، ولأن في الأولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود . ثم لقعد الإجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث أنها يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الإجازات متصلا بفصل الصدقة ، كذا

على غنى بطل الرجوع استحسانا . وفي القياس له الرجوع لأن الغرض ثمة حصول العوض . ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنى قد يراد بها الثواب ، وإذا وهب لفقير فكذلك لأن المقصود الثواب وقد حصل ، وعن هذا ذهب بعض أصحابنا إلى أن الهبة والصدقة على الغنى سواء في جواز الرجوع ، كما أنها سواء في حق الفقير في عدمه ، ولكن العامة قالوا : في ذكره لفظ الصدقة دلالة على أنه لم يقصد العوض ، والتصدق على الغنى لا ينافي القرية (قوله ومن نذر أن يتصدق بماله الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوها في مسائل القضاء فلا يحتاج إلى الإعادة هاهنا ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

(كتاب الإجازات)

لما فرغ من بيان أحكام تملك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تملك المنافع بعوض وهو الإجارة ، وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع ، وسند كرمعنى الإجارة لغة وشرعية ، وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد ، فإن لما نوعين : نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والأراضي والدواب . ونوع يرد على العمل

(كتاب الإجازات)

(قوله وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع) أقول : والعلم أيضا مقدم على الوجود ، وأيضا تجرى الهبة من الإجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هي دون الهبة (قوله ذات أفراد) أقول : الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الأعيان) أقول : أي المنافع التي ليست من الأعمال .

(الإجارة عقد على المنافع بعوض)

في الشروح . قال صاحب الناية : وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد . فإن لما نوعين : نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والأراضي والدواب ، ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما اهـ . أقول : فيه اختلال ، لأنه إن أراد بالأفراد في قوله ذات أفراد الأشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الأفراد لم تحصل فائدة في جمعها ، إذ لا يمحتمل عند أحد أن يكون لحقيقتها فرد واحد شخصي أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للإشارة إلى أنها ذات أفراد كثيرة . على أن قوله فإن لما نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى . وإن أراد بالأفراد في قوله المزبور الأنواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فإن لما نوعين الخ ، إذ بمجرد تحقق النوعين لما لا يصح لإيرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة . وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فسا لا ينبغي أن يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق . فالحق عندي أن يقال : إنما جمعها إشارة إلى أن لما أنواعا مختلفة : نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى ، ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبح ثوب أو خياطته . ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام إلى موضع معلوم . وهذه الأنواع الثلاثة هي التي أشير إليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتعيين ، والإشارة على ما سأتى تفصيلها عن قريب (قوله الإجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء : ولو قال تملك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح ، فإنه ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمل ، إلا أن يقال : المراد عقد تملك بقرينة الشبهة فليتأمل اهـ كلامه . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لو قال تملك المنافع ونحوه لم يتفاوت الأمر ، فإن النكاح أيضا تملك قطعا لا استباحة محضة ، وإلا لما وجب الاحتياط عنه بل لما جاز ، وقد أفصحوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في الشرع في عامة الشروح بل المتون بأنه عقد موضوع لتمليك المنفعة ، وقالوا : المستوفى بالنكاح مملوك للعاقدة بدلالة جواز الاحتياط وبدلالة أنه اختص به انضاعا وحجرا . وقالوا : لا ينعقد النكاح بلفظ الإباحة والإحلال لأنه ليس بسبب ملك المنفعة . وما ذكره الزيلعي هاهنا في شرحه للكنز من أن النكاح ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه في كتاب النكاح من أن النكاح تملك ، حتى أن صاحب الكنز نفسه أيضا صرح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تملك المنفعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من أن الاحتياط لا يجوز في الإباحة ، فإن من أباح شيئا فإنما يتلفه على ملك المبيع ، فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت إليه . والعجب أن ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور : ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو إباحة

كاستئجار المحترفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما . ومن غاصها دفع الحاجة بقليل من البذل ، فإن كل أحد لا يثقل على دار يسكنها وحام يقتسل فيها وإبل تحمل أثقاله إلى بلد لم يكن يبلغه إلا بمشقة النفس . وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها . وأما شرطها فعملومية البدلين . وأما ركنها فالإيجاب والقبول بلقطين ماضيين من الألفاظ الموضوعة لعقد الإجارة . وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر إن شاء الله تعالى . قال (الإجارة عقد على المنافع بعوض الخ) بين المفهوم الشرعي

(قال المصنف : الإجارة عقد على المنافع بعوض) أقول : ولو قال تملك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فإنه ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي ، بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمل ، إلا أن يقال : المراد عقد تملك بقرينة الشبهة فليتأمل . ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو إباحة مخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب ملك المنفعة ولهذا لا ينتدب بلفظ الإباحة فتدبر . ثم أقول : لم يقدّم المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصدا إلى تسميته التصريف للإجارة القاسدة ، على أن من قيد إن أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله القاسدة بالشرط القاسد وبالشريعة الأصل ، وإن عم فلا حاجة إلى التقييد .

لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع ،

خالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب الملك المنة ولهذا لا ينعقد بلفظ الإباحة ^١ . ولا يتحقق أن بين كلاميه تدافعا . فإن مدار الأول صحة ما ذكره الزيلعي ، ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق . ثم أقول : يمكن أن يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح أن المصنف قال في أوائل كتاب النكاح : ولا ينعقد النكاح بلفظ الإجارة في الصحيح لأنه ليس بسبب الملك المنة . وقال صاحب الكافي والشرح هناك : وعن الكرخي أنه ينعقد بلفظ الإجارة لأن المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة ، وقد سمي الله تعالى العرض في النكاح أجرا بقوله تعالى - فأتوهن أجورهن - وهو يشعر بأنه مشاكل للإجارة . ولنا أن المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد إلا مؤبدا . والإجارة لا ينعقد إلا مؤقتة فبينهما منافاة . فأتى تصح الاستعارة ؟ انتهى كلامهم . فلذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الإجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الإجارة بأنها عقد على المنافع بعوض . أو بأنها تمليك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل تقف . وقال في غاية البيان : وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لأن التوقيت يبطله ^٢ . أقول : وهذا أيضا ليس بسديد ، إذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الإجازات كما يخرج النكاح ، فإنهم صرحوا بأن المنافع في الإجازات ثارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرض للزراعة ، وثارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صيغ ثوب أو خياطته ، وثارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم ، وتعين المدة إنما يجب في القسم الأول من تلك الأقسام الثلاثة دون القسمين الأخيرين منها ، فتخرج الإجازات المدرجة تحت هذين القسمين من تعريف الإجارة على الوجه المذكور فيدخل قطعاً (قوله لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع) قال الشارح العيني : قيل فيه نظر ، لأن الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطيت من كراء الأجير كما صرحوا به . قلت : قد بينت لك عن قريب أن الإجارة يجوز أن تكون مصدرا فيستقيم الكلام . ^٣ . أقول : النظر المزبور ظاهر ورود ، لأن المذكور في كتب اللغة إنما هو أن الإجارة اسم للأجرة لا أمر آخر ، وإنما الذي هو بيع المنافع الإيجار ، وقد كان هذا خطأ بياني حتى كتبت في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل أن أرى ما كتبه غيري . وأما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشيء ، لأن مراده بقوله قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الإجازات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدرا منه كما نقول كتب يكتب كتابه بعد قوله وهو جمع إجارة على فعالة بالكسر اسم للأجر بمعنى الأجرة ، من أجره إذا أعطاه أجره ، ولا يلهب عليك أن ذلك لا يعمد شيئا في الجواب عن النظر المزبور . إذ قد تقرر في علم الأدب أن مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه ، فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضي كون الإجارة أيضا مصدرا من أجر ، فإن الكتابة سمعت مصدرا من كتب ، وأما الإجارة فلم تسمع مصدرا قط ، والكلام فيما مع من أهل اللغة لافي الاحتمال العقلي ، على أنه لو سلم مجيء الإجارة في اللغة مصدرا من أجره إذا أعطاه أجره كجاء الأجر مصدرا منه لم يستقم الكلام أيضا ، إذ لا تكون

قبل الفئوى لأن الفئوى هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها ، فالشرعي أولى بالتقديم . ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها ، إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالأثر ، ومن الآثار الدالة على صحته ما ذكره في الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد . وقوله عليه الصلاة والسلام « من استأجر أجيرا فليعطه أجره » وفيه زيادة

(قال المصنف : لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع) أقول : فيه بحث . أما أولا فلا بد من ضمنية لهذا التعليل حتى يتم ، كأن يقال : ولم يثبت نقله في الشرع إلى معنى آخر . وأما ثانيا فلا بد من مخالفة لما في كتب اللغة كالمغرب وغيره أنها اسم للأجرة (قوله لأن الفئوى هو الشرعي بلا مخالفة) أقول : فيه بحث (قوله فالشرعي أولى بالتقديم) أقول : فيه بحث .

والقياس بأي جوازه لأن المقود عايه المنفعة وهى معدومة ، وإضافة التملك إلى ما سيوجد لا يصح إلا أنا جوزناه حاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » وقوله عليه الصلاة والسلام « من استأجر أجيرا فليعلمه أجره » وتعتقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول .

الإجارة حيث أن أيضا في اللغة بيع المتافع بل تكون إعطاء الأجر ، وقد قال المصنف : إن الإجارة في اللغة بيع المتافع فلا استقامة ، ثم إن صاحب العناية قال هاهنا : بين المفهوم الشرعى قبل اللغوى لأن اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة وهو في بيان شرعيها فالشرعى أولى بالتقديم اه . أقول : فيه بحث ، لأن كون المفهوم الشرعى أولى بالتقديم بناء على أنه في بيان شرعيها لو تم لانتفى تقديم المفهوم الشرعى على المفهوم اللغوى في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعى موافقا للمعنى اللغوى أو مخالفا له ، مع أن دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوى على بيان المعنى الشرعى لكون اللغوى هو الأصل المتقدم ، فالوجه عندي هاهنا أن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الإجارة في الشرع عقدا على المتافع بوض ، ولكن طوى الصغرى فكانه قال : لأن معنى الإجارة في الشرع هو معناها في اللغة . ومعناها في اللغة بيع المتافع . ولا يخفى أن هذا المسلك يقتضى تقديم مفهومها الشرعى بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل ، تدبر فإنه وجه حسن (قوله إلا أنا جوزناه حاجة الناس إليه وقد شهدت بصحته الآثار) قال صاحب العناية في شرح هذا المثل : إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالآثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالآثار اه . أقول : في تقريره قصور ، إذ المتبادر من قوله إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالآثر ، ومن قوله فكان استحسانا بالآثر أن ينحصر دليل شرعيها في الآثر وإلا لم تكن فائدة في ذكر قيد الآثر في الموضعين ، وليس ذلك بمنحصر في الآثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى - فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن - وكقوله تعالى حكاية عن شجب عليه السلام - أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج - وكذا إجماع الأمة أيضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره ، بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على القائل المتأمل (قوله وهى قوله عليه الصلاة والسلام « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ») قال الشراح : فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحته . أقول : لقائل أن يقول : سيأتى في باب الإجارة القاسدة أنه يجب فيها أجر المثل ، إذ لا شك أن الواجب الشرعى مأمور بإعطائه من قبل الشرع ، فلم يكن الأمر بإعطائه الأجر دليل صحة العقد ، اللهم إلا أن يقال : وقع الأمر في الحديث المذكور بإعطاء الأجر المضاف إلى الأجير حيث قال « أعطوا الأجير أجره » وذلك يفيد كون المراد بالأجر المأمور بإعطائه الأجر المسمى للأجير دون أجر المثل مطلقا ، والأمر بإعطاء الأجر المسمى للأجير لا يتصور إلا في الإجارة الصحيحة تبصر (قوله وتعتقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول) قال بعض الفضلاء : لابد أن يتأمل في هذا

بيان أن معلومية الأجر شرط جوازها (وتعتقد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المتافع) لأنها هى المقود عليه ، فالملك في البدلين أيضا يقع ساعة فساعة لأن المعاوضة تقتضى التساوى ، والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة . فإن قيل : إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن يتعد العقد فيها ، وإذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يتمتع بلا عثر . أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول) إلزاما للعقد في المقدار المعين .

(قال المصنف : والقياس بأي جوازه) أقول : ذكر الصمير الرجوع إلى الإجارة باعتبار أنها عقد (قال المصنف : وقد شهدت بصحتها الآثار وهو الخ) أقول : هو راجع إلى الآثار والتذكير باعتبار الخبر (قال المصنف : وتعتقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة الخ) أقول : لابد أن يتأمل في هذا المقام ، فإن الانقضاء هو ارتباط القبول بالإيجاب ، فإذا حصل

ثم عمله يظهر في حق المنفعة ما كما واستحقاقا حال وجود المنفعة. (ولانصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة) لما رويناه ، ولأن الجهالة في العقود عليه وبدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثلث في البيع (وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة) لأن الأجرة ثمن المنفعة ، فتعتبر بضمن المبيع.

المقام ، فإن الانقضاء هو ارتباط القبول بالإيجاب ، فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانقضاء ، فأى معنى للانقضاء ساعة فساعة بعد ذلك اه كلامه . أقول : جواب هذا الإشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان هاهنا حيث قال : والمراد من انقضاء العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المثل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وإن كان ظاهر كلام المشايخ يوم ذلك ، والحكم تأخر من زمان انقضاء العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة ، لأن الحكم قابل للترخي كما في البيع بشرط الخيار . وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال : اللفظان الصادران منهما مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار صا كلاهما وهو عقد بينهما ، إذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الإيجاب ، ثم الانقضاء حكم الشرع يثبت وصفا لكلاهما شرعا ، والعلة الشرعية مغايرة للعلة العقلية ، فإنه يجوز أن تنفك عن معلولها ، فجاز أن يقال : العقد وجد وأنه عبارة عن كلاهما والانقضاء تراخي إلى وجود المنافع ساعة فساعة ، بخلاف العلة العقلية . فإن الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر ، إلى هنا كلام صاحب الغاية . فكان ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام أو لم يقنع به ، وكلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى . ثم إن صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن سؤال مقرر حيث قال بعد شرح قوله وتنفذ ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع . فإن قيل : إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينفذ العقد فيها ، وإذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يمنع بلا عنر . أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول إلزاما للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه المعنى . أقول : فيه نظر لأنه إن تحقق انقضاء العقد في ذلك المقدار المعين كله بمجرد إقامة الدار مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنفذ ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع ، إذ يلزم حيثئذ أن تنفذ في الساعة الأولى وهي ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر ، وإن لم يتحقق ذلك الانقضاء بمجرد تلك الإقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدّر المزبور على قولهم وتنفذ ساعة فساعة ، ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن ذلك السؤال ، بل يحتاج إلى جواب آخر كما لا يخفى ، فالأظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله المذكور الجواب عن السؤال المزبور ، بل مراده به توجيه صحة العقد

(ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة) يعنى يتراخى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة (ملكا واستحقاقا) يعنى يثبتان معا (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين ، فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن ، وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار (ولا تصح الإجارة حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما رويناه) من قوله صلى الله عليه وسلم «من استأجر أجيرا فليعلمه أجرة» فإنه كما يدل بعبارة على كون معلومة الأجرة شرطا يبدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع ، لأن العقود عليه في الإجارة هو المنافع وهو الأصل ، والمعقود به وهو الأجرة كالبيع كالثمن في البيع ، فإذا كان معلومية الثمن كجهالة الثمن والمثلث في البيع (وهو واضح ، وما صلح أن يكون ثمنا في البيع صلح في المعقود عليه وبدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثلث في البيع) وهو واضح ، وما صلح أن يكون ثمنا في البيع صلح

الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانقضاء فأي معنى لانقضاء ساعة فساعة بعد ذلك ؟ (قال المصنف : وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة) أقول : قال في المحيط البرهاني : الأصل . فيه أن ما يصلح أن يكون ثمنا في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الإجازات ، وما لا يصلح أن يكون ثمنا في البياعات لا يصلح أن يكون أجرة في الإجازات ، إلا المنفعة فإنها تصلح أن تكون أجرة إذا

وما لا يصلح ثمنا يصلح أجره أيضا كالأعيان .

في المنافع المعلومة على أصل أئمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح ، سبأ في غاية البيان فإنه قال فيها : بيان ما قلنا هو أن العقد لا بد له من محل ، لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لا تصح بلا محل . ولهذا قال الفقهاء : المحال شروط ، ومحل العقد هنا هي المنافع وهي معلومة ، ولا يصلح المعلوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد بإقامتها مقام المنافع التي ستوجد ، لأن الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الإيجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في إفادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر (قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجره أيضا كالأعيان) أي كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والطياب مثلا ، فلها إذا كانت معينة صلح أن يكون أجره كما إذا استأجر دارا بثوب معين وإن كان لا يصلح ثمنا ، لما تقرر في البيوع أن الأموال ثلاثة : تمن محض كالدرهم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال وما كان بينهما كالمكبرات والموزونات ، كذا في الشروح . قال صاحب العناية : وفيه نظر ، فإن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين ، فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين ، فإذا كان الأصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فلها تصلح أجره إذا اختلف جنس المنافع ، كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا ، إلى هنا كلامه . أقول : لا النظر شيء ولا الجواب . أما النظر فلأن مراد المصنف بالثمن هاهنا ما يجب في الذمة ، وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لأن الأجرة عوض مالى فيعتمد وجود المال . وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة . ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال : إن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الأجرة ، ولا شك في عدم صلاحية الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال لأن تكون ثمنا بهذا المعنى ، ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلا ثمن بهذا المعنى ، ألا يرى أن الشارح المذكور نفسه قال في أول كتاب البيوع : وأنواع البيع أربعة : بيع السلمة بمثلها ويسمى مقايضة ، وبيعها بالدين أغنى الثمن ، وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف ، وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى . حيث جعل الدين مقابلا للعين ، وفسر الدين بالثمن ، وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة الملائم فيه أصلا . نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع ، نص عليه في القرب وغيره ، وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذى لا يتحقق البيع بدونه ، ويطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ، ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجره أيضا كالأعيان ، فلا يرد النظر المزبور عليه جدا . وأما الجواب فلأنه من ضيق العطن إذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذى ذكره المصنف وحاشاله . ثم أقول : بقى هاهنا شيء ، وهو أن لقائل أن يقول لاشك أن مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجره أيضا هو ما يجب في الذمة وأن تمثله مالا يصلح ثمنا بقوله كالأعيان صحيح على هذا المعنى المراد ،

أن يكون أجره ، لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بضمن المبيع وليس كل ما يصلح ثمنا لا يصلح أجره ، لأن بعض ما لا يصلح ثمنا كالأعيان التي هي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والطياب مثلا إذا كانت معينة صلح أن يكون أجره ، كما إذا استأجر دارا بثوب معين وإن كان لا يصلح ثمنا ، وفيه نظر فإن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين ، فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين ، فإذا كان الأصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فلها تصلح أجره إذا اختلف جنس المنافع ، كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا

اختلف الجنس ولا تصلح ثمنا انتهى . وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف (قوله كالحيوان والطياب مثلا) أقول : قال في المحيط البرهاني في الفصل الأول من الإجازات : وإذا كانت الأجرة عروضا أو ثيابا يشترط فيه جميع شرائط السلم . وهذا كله إذا كانت الأجرة عينا فإعلامه بالإشارة ، وإذا كانت الأجرة حيوانا لا يجوز إلا إذا كانت عينا انتهى (قوله أو ثيابا) . يعني بالثياب ما ليس له مثل كاعلم من

فهذا اللفظ لا يبنى صلاحية غيره لأنه عوض مالى (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدّة كاستئجار الدور ، للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدّة معلومة أى مدّة كانت) لأن المدّة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت . وقوله أى مدّة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدّة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة إليها عسى ،

إلا أنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدرى وهو قوله وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجره على المعنى الذى يعم الدين والعين ، وهو العوض المقابل للمبيع كما حل الزيلعى الثمن الواقع في قول صاحب الكنز ، وما صح ثمناً صح أجره على ذلك المعنى الأعم ، مع أن ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدرى بقوله لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع يتحمل التعميم لصورتى الدين والعين كما ترى . ويمكن أن يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدرى غير موفى حق المقام على تقدير حل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضاً فإن ما لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجره أيضاً كالمنفعة فإنها لا تصلح ثمناً في البيع أصلاً وتصلح أجره فيها إذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به . حل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدرى على ما هو المتبادر منه وقال : تنمى هاتيك المسئلة وما لا يصلح ثمناً يصلح أجره أيضاً كالأعيان ، كما قال الشيخ أبو نصر البغدادى في شرح مختصر القدرى ، وهذا الذى ذكره ليس على وجه الحدّ وأنه لا يجوز غيره ، يبين ذلك أن الأعيان لا تكون أثماناً وتكون أجره ، وإنما ذكر ذلك لأنه هو الغالب ، إلى هنا لفظه . ولكن الإنصاف أن المنفعة كانت حقيقة بأن تذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمناً ويصلح أجره ، فإن كون المنفعة مما يصلح أجره أثنى من كون الأعيان منه ، وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدرى ، بخلاف كون الأعيان منه فإنه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضاً كما عرفت آنفاً (قوله لأنه عوض مالى) أى لأن الأجرة على تأويل الأجر عوض مالى فيعتمد وجود المال والأعيان مال فتصح أن تكون أجره : كذا في النهاية وغيره . وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المتوال . ولقائل أن يقول الثمن عوض مالى الخ . ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنفود والمقدورات الموصوفة التى تجب في الذمة ، بخلاف الأجرة ، إلى هنا كلامه . أقول :

تصلح ثمناً أصلاً (قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمناً في البيع الخ (لا يبنى صلاحية غيره) كما ذكرنا (لأنه عوض مالى) فيعتمد وجود المال والأعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجره . ولقائل أن يقول : الثمن عوض مالى الخ . ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنفود والمقدورات الموصوفة التى تجب في الذمة بخلاف الأجرة . قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدّة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة في الإجارة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة ، فتارة تصير معلومة بالمدّة كاستئجار الدور للسكنى والأرضى للزراعة مدّة معلومة وكأنته ما كانت ، لأن المدّة إذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوماً فتصح إذا كانت غير متفاوتة بأن سمى ما يزرع فيها . فإن ما لا يزرع فيها متفاوت ، فإذا لم يبين أقصى إلى النزاع المقدس للعقد . ولا فرق بين طويل المدّة وقصيرها عندنا إذا كانت بحيث يعيش إليها العاقدان ، لأن الحاجة التى جوّزت الإجارة لها قد تنسّ إلى ذلك ، وهى مدّة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل في البيع ، وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها أحد المتعاقدين فتمنع بعضهم لأن الظن في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدّة والظن مثل التيقن في حق الأحكام فصارت الإجارة مؤبّدة معنى والتأييد يطلها . وجوّزه آخرون منهم الخصاف لأن العبارة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضى التوقيت ، ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدّة لأنه قد يتحقق

تقرير الشارح (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول : فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما إذا باع الدار بالدار إذ لا يجب المقار في الذمة كما لا يخفى .

إلا أن في الأوقاف لا يجوز الإجارة الطويلة كي لا يدعى المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار . قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبيغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة مها) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبيغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد ،

ولقائل أن يقول : إذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الأجرة أيضا مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تحليل مسئلة القدوري . فإن قيل : إن المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة . قلنا : فلقائل أن يقول إذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشيء دون الآخر ، فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتأمل . وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال : فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما إذا بيع الدار بالدار ، إذ لا يجب القفار في الذمة كما لا يخفى اهـ . أقول : إن كان مراده بهذا الكلام مجرد إلزام صاحب العناية ببناء على ما قاله في نظره السابق من أنه لو لم تصلح العين ثمنًا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه ، وإن كان مراده به إيراد إشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح ، إذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما إذا بيع الدار بالدار لا خلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة ، والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الأول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس عقد الإجارة ، كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى . وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك : وفي بعض نسخ المختصر : وتارة تصير معلومة بالتسمية . أقول : لعل الصواب هذه النسخة ، لأن المنافع لاتصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط ، بل إنما تصير معلومة بتسمية أمور كيبان الثوب وألوان الصبيغ وقدره في استئجار رجل على صبيغ ثوب وبين الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوب وبين القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار رجل دابة للحمل أو الركوب على ما أشار المصنف إلى ذلك كله حيث قال : لأنه إذا بين الثوب وألوان الصبيغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد ، فكما أن المنافع لاتصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والإشارة ، كذلك لاتصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط ، بل إنما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الأمور اللازمة للبيان كما أشير إلى بعضها في الأمثلة المذكورة ، فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع إلى نفس العقد وجه ظاهر . وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح ، وإنما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار ، أو بذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتن (قوله وربما يقال الإجارة

في مدة يعيش إليها الإنسان غالبا ولم يعتبر ، كما إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة فإنه متعة ولم يجعل بمنزلة التأيد ليصح النكاح وإن كان لا يعيش إلى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا مؤقتا اعتبارا للصفة (قوله إلا أن في الأوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله : أى مدة كانت ، وإنما لا يجوز في الأوقاف الإجارة إلى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لا يدعى المستأجر ملكها ، هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة ، وأما إذا شرط فليس للمتولى أن يزيد على ذلك ، فإن كانت مصلحة الوقف تقتضى ذلك يرلغ إلى الحاكم حتى يحكم بما جازها . (وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس عقد الإجارة كما إذا استأجر رجلا على صبيغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبيغ وقدره ، أو استأجر خياطًا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة ، أو استأجر دابة للحمل أو الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة كما ذكر في الكتاب .

وربما يقال: الإجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط، ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الأجير المشترك، وقد تكون عقدا على المنفعة كما في أجير الوجد، ولا بد من بيان الوقت. قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلا، لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم) لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذى يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد :

(باب الأجر متى يستحق)

قد تكون عقدا على العمل، إلى قوله : ولا بد من بيان الوقت) أقول : في هذا التقسيم نوع إشكال ، إذ قد مر في صدر الكتاب أن الإجارة عقد على المنافع بعض فكيف يصح تقسيمها إلى العقد على العمل وإلى العقد على المنفعة ، وهذا يلزم منه تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره ، اللهم إلا أن تحمل عبارة التقسيم على المساحة فيكون المراد الإجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الأعيان لكنه غير مفهوم من نفس اللفظ كما لا ينبغي . ثم أقول : كان حقا على المصنف أن يؤثر بيان هذا التقسيم الذى ذكره بعض المشايخ كصاحب الأسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب ، وقد وسطه في البين كما ترى ، وكان صاحب الكافي تنبه لسهولة هذا التحرير حيث آخر بيان هذا التقسيم المتى عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المثلث . واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في أجير الوجد حيث قال : ولنا فيه نظر لأن إجارة أجير الوجد أيضا عقد على العمل ، ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعي الاستئجار على الأعمال كما ذكرناه آنفا ، فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه . أقول : ليس هذا بشيء لأن إجارة أجير الوجد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الوجد الأجرة بتسلم نفسه في المدة وإن لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتى في الكتاب ، ولو كان عقدا على العمل لما استحقها بدون العمل بل إنما هي عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يمكن من إيجاب منافعه لغيره ، وتعين العمل في بعض الصور كرمي الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة، وسيظهر هذا كله في باب ضمان الأجير. وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعي الاستئجار على الأعمال لا يكون لحجة على المصنف . ولومثل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة باستئجار الدور ونحوها دون أجير الوجد لفات التنبيه على أن إجارة أجير الوجد من هذا القسم وهو مقصود لخفاء ذلك على البعض فتنبه ، والله أعلم .

(باب الأجر متى يستحق)

قال صاحب النهاية : لما ذكر أن صحة الإجارة موقوفة على أن تكون الأجرة معلومة احتاج إلى بيان وقت وجوبها فذكره ، وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه . واقتنى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح . أقول : لا ينبغي على ذى فطرة سليمة ركاسة هذا التوجيه وبخلافه ، إذ لا يستدعى ذكر مجرد أن صحة الإجارة موقوفة على كون الأجرة معلومة بيان وجوبها فضلا عن الاحتياج إلى بيان وقت وجوبها في باب على حدة ، ألا يرى أن معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ، ولم يتجع في شيء منها إلى بيان وقت الوجوب في باب على حدة . وقال صاحب العناية : لما كانت الإجارة تخالف غيرها في تخلف

(باب الأجر متى يستحق)

لما كانت الإجارة تخالف غيرها في تخلف المالك عن العقد بلا خيار شرط وجب إفرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك

(باب الأجر متى يستحق)

(قوله وجب إفرادها) أقول : أى إفراذ المخالفة .

قال (الأجرة لا تجب بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة : إما بشرط التعجيل ، أو بالتعجيل من غير شرط ،

الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب إفرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه . أقول : فيه شيء وهو أن تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها أيضا كالمدة فإن الملك لا يثبت هناك أيضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مر ، وكالوصية فإن الملك هناك أيضا يتأخر إلى وقت الموت فلا يتم القول بأن الإجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط . ثم أقول : الأظهر أن يقال : لما كان وقت استحقاق الأجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن إفراد باب لبيان استحقاق الأجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الأجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة : أراد وجوب الأداء ، أما نفس الوجوب فثبت بنفس العقد . وقال صاحب الكفاية : المراد نفس الوجوب لا وجوب الأداء ، وبيان ذلك إجمالا وتفصيلا . أما إجمالا فلا أن الأجرة لو كانت عبداً فأعتقه المورث قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق ، فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح إعنتاقه كما في البيع . وأما تفصيلا فلا أنه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب المقود عليه لانفس الوجوب ولا وجوب الأداء ، فكذا في جانب العوض انتهى . وقال صاحب النهاية : الأجرة لا تجب بالعقد : أي لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ، وكذا وجدت بخط شيخني . وذكر في النخبة ما يؤيد هذا فقال : يجب أن يعلم أن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذ لم يشترط التعجيل في الأجرة سواء كانت الأجرة عينا أو ديناً ، هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع ، وفي كتاب التحرى . وذكر في الإجازات أن الأجرة إذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد ، وإن كانت ديناً تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل ، فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحرى . وقال بعضهم : ما ذكره في الإجازات قول محمد أولاً ، وما ذكره في الجامع والتحرى قوله آخر ، إلى هنا لفظ النهاية . أقول : تأييد ما ذكر في النخبة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع ، فإنه قال في النخبة : إن الأجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال : ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذ لم يشترط التعجيل في الأجرة ، فعلم منه أن الأجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أدائها بنفس العقد فم ، بخلاف ما في الكتاب فإنه لم يذكر فيه شيء قبل أن قال الأجرة لا تجب في العقد ، فلو كان معناه الأجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الأجرة لا تملك بمجرد العقد ، إذ لا يلزم من عدم وجوب الأداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرد : ألا ترى أن المؤمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا

وما يتعلق به من المسائل . قال (الأجرة لا تجب بالعقد النخ) قال صاحب النهاية : الأجرة لا تجب بالعقد ، معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ، وليس بواضح لأن بني وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن . والصواب أن يقال : معناه لا تملك لأن محمداً ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك ، وما لا يملك لا يجب إيفاؤه . فإن قلت : فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه ، وإرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم عليه أصلاً . قلت : أخرج الكلام مخرج الغالب ، وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في اللمة ، ونفي الوجوب فيها هو يستلزم

(قال المصنف : الأجرة لا تجب بنفس العقد النخ) أقول : قال في الوقاية : ولا تجب الأجرة بالعقد بل بتسليمها انتهى . قال صدر الشريعة في شرحه : فإن المشايخ إذا عجل الأجرة فالمعجل هو الأجرة الواجبة ، بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى . وفي الفصل الثاني من إجازات المحيط البرهاني : يجب أن يعلم أن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذ لم يشترط التعجيل في الأجرة سواء كانت الأجرة عينا أو ديناً ، هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التحرى . وذكر في الإجازات أن الأجرة إذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد ، وإذا كانت ديناً تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل ، عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التحرى ، وبعضهم قالوا ما ذكر في الإجازات قول محمد أولاً ، وما ذكر في الجامع والتحرى قوله آخر انتهى . (قوله فإن قلت : فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه) أقول : الظاهر أن مراده المصنف من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المشأجرة بلا شرط التعجيل فإنها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى (قوله ليس بمجاز شائع) أقول : الشيوع لأيهما (قوله نعم دلالة الأعم عليه أصلاً) أقول : إن أراد أنه لا يدل عليه بنفسه فسلم ولا يفيد ، وإن أراد أنه لا يدل بقرينة فمنوع ، وإن شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المفتاح وشرحيه (قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة) أقول : ممنوع ، فإن في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب .

أو باستيفاء المعقود عليه) وقال الشافعي : تملك بنفس العقد لأن المنافع المعلومه صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيها يقابله من البدل . ولنا أن العقد يتعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بيننا والعقد معاوضة ، ومن قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي

خيار ولا يجب تسليمه وأدائه في الحال بمجرد ذلك في البياعات الموجلة بل يتأخر إلى حلول الأجل ، فإذا لم يفهم منه ذلك لم يقد ماهو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم . وقال صاحب العناية : قال صاحب النهاية : الأجرة لانجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأدائها بمجرد العقد ، وليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن . والصواب أن يقال : معناه لا تملك لأن عمدا ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب إيفاؤه . وقال : فإن قلت : فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه ، وذكر الأعم وإرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم على الأخص أصلا . قلت : أخرج الكلام مخرج الغالب ، وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الزمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه . أقول : لا السؤال بشيء ولا الجواب . أما الأول فلأن ذكر الأعم وإرادة الأخص إنما ليس بمجاز شائع إذا لم تتحقق قرينة مخصصة ، وأما إذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد ، وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على إرادة الأخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيها بعد : يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحدا . وأما الثاني فلأنه إن أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب في الزمة بدون أن يجعل مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله . والصواب أن يقال : معناه لا تملك وإنما مورد السؤال ذلك ، وإن أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يمتح إلى قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الزمة ، لأن الأجرة كلها سواء كانت عينا أو ديناً مما يملك ، وإذا كان ما يثبت في الزمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينظم في جميع أنواع الأجرة ، ولا يختص بمأه الغالب منها وهو الدين الثابت في الزمة حتى يحتاج إلى أن يقال : أخرج الكلام مخرج الغالب ، على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع ، فإن العين مما لا يجب في الزمة مع أنه مما يملك قطعاً . وقال بعضهم : فإن في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل (قوله وقال الشافعي : تملك بنفس العقد لأن المنافع المعلومه صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيها يقابله من البدل) قال صاحب العناية

نفي التملك لا محالة ، وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله . وقال الشافعي : تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحدا ، واستدل الشافعي بقوله لأن المنافع المعلومه صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الإجارة بأجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام لا محالة ، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود مقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيها يقابله من البدل . فإن قيل : الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة

(قوله وقال الشافعي : تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحدا) أقول : ولك أن تقول : ارتكاب المجاز في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع ، ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضا ، فإن المراد بنفس العقد العقد الحال عن المالك الثلاثة ، وبتسليم العين المستأجرة إلى المستأجر يجب تسليم الأجرة للمؤجر عند الشافعي قليلاً . وفي شرح السامري لفتوى : اعلم أن الأجرة إذا كانت في الزمة فهي كائناً في الزمة في أنها إن شرط فيها التأجيل والتنجيل كانت مؤجلة أو منجزة ، وإن شرط فيها التعجيل كانت معجلة ، وإن أطلق ذكرها تعجلت أيضا وملك جميعها المكري بنفس العقد واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر لأنه عوض في معاوضة يتسجل بشرط التعجيل ، فيتسجل عند الإطلاق كائناً انتهى . (قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع) أقول : ممنوع ، فإن انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه .

في البذل الآخر . وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقق التسوية . وكذا إذا شرط التمتع أو عجل ، لأن المساواة تثبت حقا له وقد أبطله

في حل هذا المثل : واستدل الشافعي بقوله لأن المنافع المدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الإجارة بأجرة مؤجلة ، ولو لم تجعل موجودة كان دينه بدين وهو حرام لاحالة ، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود مقتضى انتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل انتهى . وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع ممنوع ، فإن انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى . أقول : هذا الإيراد ساقط ، لأن المنافع المدومة إذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبق لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه ، لأن الشرع إنما يجعلها موجودة لأجل أن يترتب عليه ذلك الحكم ، فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغى جعل الشرع إياها موجودة وهذا خلف ، وعن هذا قالوا : وللشارع ولاية جعل المدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحية حكما في حق الإرث والعقن والوصية على ماذكر في الكافي وعامة الشروح . نعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير إليه في عامة المعبرات ، وهو أن جعل المدوم موجودا في الشرع إنما يكون فيما إذا دعت الضرورة إليه ، وفيما نحن فيه لاتدعو الضرورة إليه لإمكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول ، ثم انعقاد العقد في حق المقعود عليه على حسب حدوث المنافع وإقامة السبب مقام المسبب أصل شائع في الشرع ، كإقامة السفر مقام المشقة وإقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك . فالجواب أن الضروري إذا ثبت يستتبع لوازمه وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى . أقول : في الجواب بحث ، لأنه إذا أراد أن إفادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع ، كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يميز أن يفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فإن الملك فيه يترأى إلى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد ، وإن أراد أن إفادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم ، لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي ، فإن مدعاه أن الأجرة تملك في الحال . والجواب الزبور إنما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب . واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث قال : إن أراد أن إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد ، وإن أراد أنها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى . أقول : ما ذكره في كل من شئ تردده ليس بسديد . أما الأول فلأنه سلم كون إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن إفادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة ، ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجودا حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر . وأما الثاني فلأن الوجود الحكمي لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في الوازم الشرعية ولأنه لا تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتيادي في حكم الوجود الحقيقي ، فلما سلم ألا يكون إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكما أيضا ، فالوجه الوجيه في التردد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (قوله وكذا إذا شرط التمتع أو عجل لأن المساواة تثبت حقا له وقد أبطله) قال في العناية : واعترض بأن شرط التمتع فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد . والجواب أنه يخالف مقتضى

العقد إلى إفادة الملك . فالجواب أن الضروري إذا ثبت يستتبع لوازمه : وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد . ولنا أن العقد ينقذ شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا ، والعقد : أي عقد الإجارة معاوضة بلا خلاف ، ومن قضية عقد المعاوضة المساواة . فمن ضرورة التراضي في جانب المنفعة التراضي في البذل وهو الأجر تحقيقا للمساواة . وإذا استوفى المنفعة

(قوله وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول : إن أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد ، وإن أراد من لوازم الوجود ولو حكما

العقد من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه معاوضة ، والأول مسلم ، وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره ، والثاني ممنوع ، فإن تعجيل البذل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى . أقول : في الجواب نظر ، أما أولاً فلأن حبيشة كونه إجارة هي حبيشة كونه معاوضة مخصوصة ، فإخالف مقتضى العقد من إحدى هاتين الحبيشتين يخالف مقتضاه من الحبيشة الأخرى فامعنى قوله والأول مسلم والثاني ممنوع وهلا يستلزم تسليم الأول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الأول . فإن قيل : مراده بحبيشة كونه معاوضة حبيشة كونه معاوضة مآ مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحبيشتين . قلنا : فيلزم أن تكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الإجارة باعتبار كونه معاوضة مآ مع قطع النظر عن خصوصية كونه إجارة . ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يخطر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل ، على أنهما لو صرحا بأنهما لو شرطتا التعجيل في عقد الإجارة من حيث أنه إجارة لم يفسد العقد قطعاً . وأما ثانياً فلأن قوله فإن تعجيل البذل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام ، فإن من قضية المعاوضة المساواة ، وبشرط تعجيل الأجرة قبل ثبوت الملك في العقود عليه تفوت المساواة كما لا يخفى . والأولى

يثبت الملك في الأجر لذلك . وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل بلا شرط ، لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله . واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، وله مطالب فيفسد العقد به . والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه معاوضة ، والأول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره ، والثاني ممنوع . فإن تعجيل البذل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة . وعروض دليلنا بأن الإبراء عن الأجرة والارتئان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ، ولولا الملك لما صححت . وأجيب بأن صحة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة ، وجوزوه محمد لأن العقد سبب في جانب الأجرة إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به ، وعدم الانقضاء في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانقضاء في حقه ، ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب ، وكذلك الكفالة كالكفالة بما يقبض له على فلان وصحة الرهن ، لأن موجه ثبوت يد الاستيفاء ، واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به . والجواب عن قوله ولو لم يجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين ، لأن الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك ، على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين ، وهذا طريق سائغ شائع لكونه إقامة السبب مقام المسبب ، وأما جعل

غير مسلم (قوله فإن تعجيل البذل واشترطه لا يخالفه) أقول : فيه بحث ، وكيف لا يخالفه وقضيها المساواة ، وظاهر أن شرط التعجيل قبل ثبوت الملك في البذل الآخر يفوت المساواة . نعم مطلق شرط التعجيل لا ينافيها ، ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول : كما في البيع (قوله لأن العقد سبب الخ) أقول : قال صاحب البدائع : ولأن الإبراء لا يصح إلا بالقبول ، فإذا قبل المستأجر فقد تصدأ صحة تصرفها . ، ولا صحة إلا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني يأخذ درهم فقال أعتقت انتهى . وفيه بحث ، فإنه لا يتوقف على القبول كما مر في أواخر الهبة ، إلا أن يراد بالقبول معنى يتم عدم الرد (قوله فظهر الانقضاء في حقه) أقول : إن أراد الانقضاء في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم بإجماع علمائنا ، وإن أراد غيره : فليبين على أنه يخالف لما سبق في كتاب الإقرار من أن قوله أبراءني إقرار بالمال المسمى فليتأمل (قوله ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب) أقول : الإبراء عن القصاص بعد المرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول : هذا مما لا يدل عليه من دليل . وفي البرازية تكرار دابة مساة ينير عينها من كوفة إلى مكة ، ذكر في الكتاب أنه يجوز ، وذكر شيخ الإسلام ليس تفسيره أن يؤاجر إبلاً بغير عينها إلى مكة فإنه لا يجوز لأنه مجهول بل تفسيره شأن تقبل المكارى المحسولة ، وقد قال المستأجر أحلى على إبل إلى مكة أو أحلى أو أحمل هذه المحسولة ، فيكون المقودود عليه في القصة ، ويقف بالحوار لعرف انتهى . وسيجي من المصنف في آخر هذا الباب أن المشتق عمل في ذمة فرائجه ، إلا أنه ذكر في الحواشي الجملانية دليل على أن المنفعة لا تكون ديناً ، فإنه قال : إن الدين عمله القصة ، وهو لا يتلزم المنفعة في القصة انتهى ، فتأمل فيه . وقال الإمام الترمذى : وإنما جاز الاستئجار بالدين لأن المقدم لم يمتنع في حق المنفعة فلم تصر المنفعة ديناً في ذمة فلا يجب بدلها أيضاً . وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حصولها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً انتهى ، فتأمل في جميع ما ذكر .

في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التعجيل في الإجارة لا يخالفه مقتضى العقد ، فإن عقد الإجارة يقتضى التعجيل كالبيع : إلا أنه سقط لما منع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر ، فإذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح . ثم قال صاحب العناية : وعروض دليلنا بأن الإبراء عن الأجرة والارتباط عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ، ولولا الملك لما صح . وأجيب بأن صحة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة ، وجوزة محمد لأن العقد سبب في جانب الأجرة ، إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به ، وعدم الانقضاء في جانب المنفعة لضرورة عدم ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانقضاء في حقه . ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب ، وكذلك الكفالة كالكفالة بما ينوب له على فلان وصحة الرهن ، لأن موجب ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه ، فكذا الرهن به انتهى كلامه . أقول : هذا كله مأخوذ من النهاية ، إلا أن التعليل المذكور لتجوز محمد رحمه الله الإبراء عن الأجرة ليس بسديد ، لأنه كما تحققت ضرورة في عدم الانقضاء في جانب المنفعة وهي كون المنافع معلومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانقضاء في جانب الأجرة أيضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة . وعن هذا قال المصنف : والعقد معاوضة ، ومن قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر ، فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانقضاء في حقه ، على أن ذلك التعليل لا يمتشى أصلا فيها إذا كانت الأجرة منفعة أيضا من خلاف جنس المقود عليه فإنه صحيح بالإجماع على ما صرح به في عامة المعبريات ، مع أن كلا من الدليلين معلوم هناك قطعا فلا فرق في الجانبين أصلا كما لا يخفى . وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانقضاء بوجه آخر حيث قال : إن أراد الانقضاء في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم بإجماع علمائنا ، وإن أراد غيره فليبين على أنه يخالف لما سبق في كتاب الإقرار من أن قوله أبرأني إقرار بالمال المدعى فليتأمل انتهى كلامه . أقول : قد أخذ أصل إبراده من البدائع وأنه ساقط . أما بيان أخذه من البدائع فلأن صاحب البدائع ذكر لقول محمد في جواز الإبراء عن الأجرة وجهين . وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل هاهنا حيث قال : وجه قول محمد إن الإبراء لا يصح إلا بالتبويل ، فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة إلا بالملك : فثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال أعتقت ، ولأن الإبراء إسقاط وإسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائر كالمغفر عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ، وسبب الوجوب هاهنا موجود وهو العقد المنقذ . والجواب أنه إن كان يعنى بالانقضاء الانقضاء في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا ، وإن كان يعنى به شيئا آخر فهو غير معقول . إلى هنا لفظ البدائع . وأما بيان أنه ساقط فلأنه يجوز أن يراد بالانقضاء الانقضاء في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال : ومعنى جواز الإجارة على مذهبا انقضاء العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الأولى ، وانقضاء في حق الحكم وهو الدرجة الثانية . وقال : ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينقذ فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ، ثم فسر انقضاء العقد في حق المتعاقدين وانقضاه في حق الحكم بما لا مزيد عليه ، ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو أواخر الفصل الأول من إجازات المحيط البرهاني . وأما ما ذكره ذلك المورّد في علاوته من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الإقرار فليس بتام أيضا ، إذ لا مخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق . ثم أقول : لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير أوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب هاهنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما تمشى الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانقضاء أصلا ، وكفى في إثبات قول محمد رحمه الله : وكذا لو لم يتعرض العقد لما تمشى الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانقضاء أصلا ، وكفى في إثبات قول محمد رحمه الله : وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانقضاء في جانب الأجرة دون المنفعة بأن اكتفى بأن يقال : إن الإبراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالمغفر عن القصاص بعد الجرح ، كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من

(وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه

تحقق الضرورة في جانب الأجرة أيضا ، وكفى في إثبات قول محمد وذلك لأن العقد نفسه وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضامين إلى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا أحدهما بالآخر كاف في السببية ، ولا حاجة إلى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية ، فإن الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا له شرعا ، والمحل الشرعية مقابلة للعقل العقلي في جواز انفكاكها عن معلولاتها ، فجاز أن يقال : العقد وجد والانعقاد تراخي إلى وجود المنافع ساعة فساعة ، وهذا هو رأى بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا إن عقد الإجارة يتعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك . نعم يجوز أن يعتبر العقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا ، لكن الأصل في توجيه قول محمد هاهنا هو الطريقة الأخرى تأمل ترشد (قوله) وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها (قال في النهاية : هذه المسئلة مقيدة بقيد : أحدها التمكن من الاستيفاء حتى أنه إذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتناعه لا يجب الأجر . والثاني أن تكون الإجارة صحيحة ، فإن في الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء . ولا يجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة . والثالث أن يتمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه ، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجب الأجر . والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة ، فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة

(قوله وإذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء . لا يقال : فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة ، وأن يقول باستيفاء المقنود عليه أو بالتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا ، وبدل أحد الأقسام لا يكون قسما بذاته ، فإذا قبض المستأجر بإجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الأجر ، لأن الواجب على الأجر تسليم العين التي تمحدث منها المنفعة في مدة الإجارة في مكان المقنود لتسليم عين المنفعة لأنه غير متصور ، فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة ، فإذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من أجنبي سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيلا من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الأجر ، واعتبر القيود ، فإن بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الأجر ، فإن لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتناعه أو سلمها فارغة في غير مدة الإجارة مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان المقنود

(قوله فإذا قبض ، إل قوله : في المكان الذي وقع العقد فيه الخ) أقول : لعل الصواب أن يقول أن مكان أضيف إليه العقد ، فإنه إذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الأجرة ، بخلاف ما إذا سلمها وأمسكها في غير بغداد التي هو محل العقد . وفي المحيط البرهاني : يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان التي أضيف إليه العقد ، فأما إذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان التي أضيف إليه العقد ، أو تمكن من الاستيفاء في المكان التي أضيف إليه العقد خارج المدة لا يجب الأجر ، حتى أن من استأجر دابة يوما لأجل الركوب فحسبها المستأجر من زوله ولم يركبها حتى مضى اليوم فإن استأجرها للركوب في المصر يجب عليه الأجر تمكنه من الاستيفاء في المكان التي أضيف إليه العقد ، وإن استأجرها للركوب خارج المصر إلى مكان معلوم لا يجب الأجر إذا حسبها في المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان التي أضيف إليه العقد ، فإذا ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الأجر تمكنه من الاستيفاء في المكان التي أضيف إليه العقد في المدة ، وإن ذهب إلى ذلك المكان خارج المصر بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر انتهى (قوله ولم يستوفها وجب الأجر) أقول : وإذا استوفها وجب بالطريق الأولى (قوله مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن الظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول : وسلمها بعد

إذ التمكن من الانتفاع بثبت به . قال (فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة) لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر ، وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط الأجر بقدره ، إذ الانفساخ في بعضها . قال (ومن استأجر داراً فلمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لأنه استوفى منفعة مقصودة (إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لأنه بمنزلة التأجيل (وكذلك إجارة الأراضي) لما بينا

ولم يركب لا يجب الأجر وإن تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد لأنه إنما يمكن بعد مضي المدة اهـ . وقال صاحب العناية بعد أن بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر : فإن قيل : كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فإوجه ؟ قلت : وجهه الاختصار للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف ، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه بمنع عن الإقدام على الانتفاع . وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به ، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوماً عادة ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما اهـ كلامه . أقول : في آخر جوابه خلل . أما أولاً فلأن قوله وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع إن كان معطوفاً على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً حتى صار المعنى فإن حال المسلم دالة أيضاً على أن الإكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع ، مع ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بأجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ ، وإن كان معطوفاً على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتماداً على دلالة الحال والعرف ، وعلى دلالة أن الإكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما . إذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع إلى الحال والعرف ، وعلى المعنى المزبور لتصير علة الاختصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف ، وعلى أنه الإكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع . وأما ثانياً فلأن قوله وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنع

عن استأجر دابة في غير بغداد إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة أو سلمها فارغاً فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب ، أو سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عرق فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب ، أو لم يكن شيء من ذلك أصلاً لكن الإجارة كانت فاسدة فإن الأجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لأن التصغير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع . فإن قيل : كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فإوجه ؟ قلت : وجهه الاختصار للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف ، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه بمنع عن الإقدام على الانتفاع ، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به ، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوماً عادة ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما ، ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الأجر بقدره لوجوب الانفساخ في ذلك القدر . قال (ومن استأجر داراً) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الأجر والحال لا يخلو من أن يكون وقت الاستحقاق ميئناً بالعقد أولاً ، فإن كان الأول فليس له المطالبة إلا إذا تحقق ما اتفقا عليه شهراً كان أو أقل أو أكثر لأنه بمنزلة التأجيل ، إذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقاً للمساواة ، والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل ، وإن كان الثاني فلمؤجر

مضى اليوم فذهب إليها الخ (قوله كن استأجر دابة في غير بغداد ، إلى قوله : ببغداد الخ) أقول : ولو سلمها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فأنسكها ولم يذهب إلى الكوفة لا يجب الأجر أيضاً عليهما (قوله وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتماداً عليهما) أقول : وفيه بحث ، فإن صورة الغصب المذكورة في كلام المصنف (قوله اعتماداً عليهما) أقول : يعنى دلالة الحال ودلالة العرف .

(ومن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لأن سير كل مرحلة مقصود . وكان أبو حنيفة يقول أولا : لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر ، لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها ، كما إذا كان المعقود عليه العمل . ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقق المساواة ، إلا أن المطالبة في كل ساعة تقضي إلى أن لا يفرغ لغيره فيضرره ،

عن الانتفاع يدل على أن الغصب أيضا من القيود المقتصر عن ذكرها مع أن المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة ، وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لأن أجزاء الأعراض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المعقود عليه هو العمل ، كالحياطة فإن الحياط لا يستحق شيئا من الأجرة قبل الفراغ كما سيأتي اهـ . أقول : في قوله كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر ، إذ قد مر في البيوع أنه إذا بيع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولا ، وإذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قبل لهما سلما معا ، ففي الصورة الأولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع ، وفي صورتين الآخرين يستحق قبض البديلين معا ، وأما أن لا يستحق قبض الثمن إلا بعد تسليم المبيع فما لم يقل به أحد ، والصواب هاهنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فإنه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق

أن يطالبه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة ، وكذلك إجارة الأراضي (وإن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود) كسكتي يوم ، وهذا قول أبي حنيفة آخر (وكان يقول أولا لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة) وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لأن أجزاء الأعراض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المعقود عليه هو العمل كالحياطة ، فإن الحياط لا يستحق شيئا من الأجرة وقبل الفراغ كما سيأتي . فإن قيل : قال المصنف (فلا يتوزع الأجر على أجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور ، فإن المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء العوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد ، لأن شرط القياس المائلا بين الأصل والفرع وهو متصف ، لأن في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ، ولا كذلك العمل لأنه لم يتسلم من الحياط شيئا . فالجواب أن أجزاء العوض قد تنقسم على أجزاء العوض وجوبا ، وليس الكلام فيه وإنما الكلام في استحقاق القبض ، وفي ذلك لا يتوزع كما في البيع والتسليم في الحياط . وجد تقديرا لأن عمل الحياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه ، فإنه لو كان صحيحا لثبت لم يكن للرجوع عنه وجه (ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة) بين البديلين (إلا أن المطالبة في كل ساعة تقضي إلى أن لا يفرغ لغيره فيضرره به) بل المطالبة حينئذ تقضي إلى عدمه ، فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة المؤجر فيمتنع

(قوله فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا بيع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولا ، وإذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قبل لهما سلما معا كما سبق قبيل باب خيار الشرط ، فهذا القول من الإشار له سهو . والحق عكس ما ذكره ، كيف وهو يخالف لما أسلفه نفسه في أول هذا الباب . قال في الكافي : قال لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الأجرة كما في البيع ، فإنه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن ، بل له حق سيس جملة المبيع ما بقي شيئا من الثمن انتهى فليتأمل . (قوله ولا كذلك العمل لأنه لم يتسلم من الحياط شيئا) أقول : ما المانع من أن يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الحياط ثوبه التي غلط بعضه (قوله وجوبا) أقول : يعني في التمة (قوله إلا أن المطالبة في كل ساعة تقضي إلى أن لا يفرغ لغيره فيضرره به) أقول : وأيضا تعيين أجر كل ساعة بمصر بل متعذر (قوله فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول : فيه منع .

فقدرونا بما ذكرنا . قال (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر ، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا . قال (إلا أن يشترط التعجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم .

حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن اه (قوله وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية : هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيهان والترمذى والفوائد الظهيرية ، فإنه ذكر في المبسوط في باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته . وقالوا : لو استأجر خياطاً يخط له في بيت المستأجر قميصاً وخاط بعضه فسرقت الثوب فله الأجر بقدر ما خاط ، فإن كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود . وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الإجارة التي تتعد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضاً الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله ، إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الجمال على قوله الآخر يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال . وذكر الإمام قاضيهان : ولهذا لو استأجر خياطاً يخط له في منزله كلما عمل عملاً يستحق الأجرة بقدره ، وهكذا أيضاً في غير ها . ولكن نقل في الجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم ، والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده . إلى هنا لفظ صاحب النهاية . وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية : وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة . وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة ، إذ ليس لكم مثلاً أو للبدن أو للدوال ١ حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب ، ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه . أقول : ليس ما قاله بشيء ، أما أولاً فلأننا لانسلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة إنما يكون إذا عينا

الانتفاع من جهته فتصنع المطالبة ، وما أفضى وجوده إلى عدمه فهو متنفذ (فقدرونا بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر) وهذا يشير إلى أنه لو كانا ثوبين ففرغ من أحدهما جاز أن يطلب أجرته لأنه منتفع به (وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير منتفع به (إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية : هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيهان والترمذى والفوائد الظهيرية ، وذكر عن كل ذلك نقلاً يدل على أن من استأجر خياطاً يخط له في بيت المستأجر فله الأجر بقدر ما خاطه . ونقل عن الذخيرة : يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال . ثم قال : ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم ، وأقول : كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل

(قوله فقدرونا بما ذكرنا) أقول : بينا قدرونا اسمحساناً (قوله قال في النهاية : هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب ، إلى قوله : ولكن نقل من التجريد الخ) أقول : ورواية تحفة الفقهاء توافق ما ذكره المصنف أيضاً حيث قال : وهل هذا الخياط يخط له في منزله قميصاً ، فإن خاط بعضه لم يكن له أجر لأن هذا العمل لا ينقطع ببضه ، فإذا فرغ منه ثم هلك فله الأجر لأنه صار مسلماً للعمل عنده انتهى .

(١) (قوله أو للدوال) هكذا في نسخ التكملة بالبدال الملهة والميم ، وفي العناية « الدوال » بالذال المجمة والميم ، فيسرحاه مصححه .

لكل جزء حصة معلومة ، بل يكون أيضا إذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة ، بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيوضح بما سذكره . وقوله إذ ليس لكم أو للبدن أو للذوايل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضا . نعم ليس بشيء أيضا من ذلك حصة معينة في العقد عادة ، وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع أجرة الكل على الأجزاء كما لا يخفى . وأما ثانيا فلأنه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما إذا كانت له حصة معلومة ما إذا عينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كما في كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما إذا كان عمل الحياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما إذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب إيفاء الأجر ، إذ لا كلام لأحد في وجوب إيفاء الأجر بعد الفراغ . وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال : وفي الإجارة التي تنقذ على العمل ويبقى له أثر في العين فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله ، وإن كانت حصة ما استوفى معلومة ، إلا أن يكون العمل للحياط والصباغ في بيت صاحب المال فيحذف على المستأجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الجمال انتهى وأما ثالثا فلأنه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لأن ما ذكره المصنف يخالف قطعاً لمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب إيفاء الأجر على المستأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان العمل في بيته ، وليس بمطابق أيضا لمفهوم قوله إذا كانت له حصة معلومة من الأجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلاً إذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الأجر لأن مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الأجر مطلقاً : أي سواء كانت له حصة معلومة من الأجر أو لا ، فإنه قال : وكلما إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ ، وكان فيما إذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الأجر مطلقاً قبل الفراغ بلا خلاف ، فدل قوله وكلما إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لا يجب عليه الأجر مطلقاً قبل الفراغ فيما إذا عمل في بيته أيضاً ، ولأنه قال لما بينا ، ومراده به على ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله لأن العمل في البعض غير متعقب به ، ولا شك أن ذلك يقتضي أن لا يستوجب الأجر قبل الفراغ مطلقاً ، فأني يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ، ولعمري إن جملة ما ذكره صاحب العناية هاهنا موهم محض ، فكيف ينبغي أن يصار إلى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق . ثم إن بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفاً لاختلال رأى الشارح المزبور هاهنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح . وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ . وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر ، بخلاف ما إذا خاط في غيره وقال فيه بحث ، فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم . ثم قال : وجوابه ظاهر ، فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً له كلامه . أقول : جوابه عن بحثه ليس بتمام إذ لا شك أن استيجاب الأجر يتحقق بالفراغ ، ولهذا لو حبس الحياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيك حتى تعطيني الأجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة ، كما أن البائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن ، صرح بذلك في الذخيرة

على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة ، وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة ، إذ ليس لكم مثلاً أو للبدن أو للذوايل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب ، ولعل هذا معتمد

(قوله وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا الخ) أقول : فيه بحث . قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول : وجه الفرق حل هذا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر ، بخلاف ما إذا خاط في غيره ، وفيه بحث فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم ، وجوابه ظاهر ، فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً .

قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) لأن تمام العمل بالإخراج ، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم ، فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأنه صار مسلما إليه بالوضع في بيته ، ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه الجناية . قال : وهذا عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده ، وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر .

وعامة المعتبرات ، وسياق في الكتاب ، إلا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ إياه إلى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر ، كما أنه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع إياه إلى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الأجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل ، وإن كان بقاؤه وتقرر به تسليم المتاع إلى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وإن كان بقاؤه وتقرر به تسليم المبيع إلى المشتري ، والكلام هاهنا في ابتداء تحقيق استيجاب الأجر ، ولهذا قال في الكتاب : وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل ، ولم يقل حتى يسلم المتاع إلى صاحبه ، فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما إذا عمل في بيت المستأجر وبين ما إذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال في العناية : ذكر هذا

المصنف رحمه الله ، قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له) ذكر هذا البيان حكيم : أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله ، وقد علم ذلك من مسألة الخياط آتفا . والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون ، فإذا استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور لأن استحقاق الأجرة بتمام العمل وتمام العمل بالإخراج (فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم) فإن قيل : خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ، ومن عمل لواحد فهو أجير واحد . واستحقاقه الأجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل . أجب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استؤجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرا مشتركا توقف استحقاقه على فراغ العمل (فإن أخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأن عمله تم بالإخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه جناية توجب) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده) ولا ضمان على الأمين (وعندهما يضمن) لأن العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب (ولا يبرأ إلا بحقيقة التسليم) والوضع

(قال المصنف : ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته الخ) أقول : في مبسوط الرخصي ، وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له في بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الأجر تاما ، وإن سرق قبل أن يفرغ فله من الأجر بحسب ما عمل ، وإن كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الأجر شيء ، ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لأنه أجير مشترك فلا يضمن ماله في يده بغير فعله انتهى . ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل في دفعها ، فإنه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما إذا خبز بعض اللبني كصنعه مثلا تاما ولم يخبز البيض الآخر (قوله أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة الخ) أقول : الحال أجير مشترك ويستحق الأجرة قبل الفراغ من عمله ، إلا أن يحمل قطع كل مرحلة عملا على حدة (قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول : أما إذا استأجر خبازا يوما ليخبز له في بيته فإنه أجير واحد فيستوجب الأجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل (قال المصنف : فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر) أقول : في الوقاية وإن احترق بعد ما أخرج فله الأجر وقبله لا ، ولا غرم فيها . وقال صدر الشريعة : أي في الاحتراق قبل الإخراج وبعد الإخراج . وقال صاحب البدور والفرق : فيه بحث ، أما أولا فله مخالفة لما في شروح الهداية أن فيما قبل الإخراج غرما حتى قال في غاية البيان : إنما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الإخراج من التنور ، لأنه إذا احترق قبل الإخراج فله الضمان فقول أصحابنا جريما ، وأما ثانيا فله مخالفة لقاعدة المقررة الآت ذكرها من أن الأجير المشترك يضمن ماتلف بماله انتهى كلامه (قال المصنف : لأنه مضمون عليه) أقول : لتبلي لقله يضمن بملاحظة تملقه بالمقبول .

قال (ومن استأجر طبيا خا لطبخ له طعاما للوليمة فالفه عليه) اعتبارا للعرف . قال (ومن استأجر إنسانا ليضرب له لبنا استحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة ، وقالا : لا يستحقها حتى يشرجها) لأن التشريع من تمام عمله ، إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من التنور ، ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه . ولأبي حنيفة أن العمل قد تم بالإقامة والتشريع عمل زائد كالنقل ، ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريع بالنقل إلى موضع العمل ، بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر ، وبخلاف الخبز لأنه غير متنع به قبل الإخراج . قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الأجر) لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في البيع ، ولو حبسه فضايع لاضمان عليه عند أبي حنيفة لأنه غير متعد في الحبس فبقى أمانة كما كان عنده ، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر ، وسيبين من بعد إن شاء الله تعالى

ليبان حكيم : أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الحياض آتفا . والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون اه . أقول : فيه شيء ، وهو أنه إذا علم من مسألة الحياض آتفا أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك هاهنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي أن يقصده العاقل . فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة إنما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخياض بماذا يكون ويرشد إليه أنه قال : لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز

في بيته ليس كذلك ، ثم إذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ، إن شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر ، ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لأن ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رمادا لا قيمة له . قال في النهاية ، هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القلوي ، وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه بأنه لا ضمان بالاتفاق ، أما عنده فلا أنه لم يهلك من عمله ، وأما على قولهما فلا أنه هلك بعد التسليم ، وهذا يتم إن كان الوضع في بيته تسليما (ومن استأجر طبيا خا لطبخ له طعاما ولجمة فعليه تفريقه إلى القصاع) لأنه من تمام عمله عرفا ، وإن استؤجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف (ومن استأجر إنسانا ليضرب له لبنا استحق الأجر عند أبي حنيفة بإقامتها) فإن أفسده المطر قبل ذلك أو انكسر فلا أجر له لأنه لا يصير مسلما ما لم يصير لبنا ، وما دام على الأرض لم يصير لبنا (وقالا : لا يستحقه حتى يشرجه) أي ينقصه بضم بعضه إلى بعض (لأن التشريع من تمام عمله) عرفا ، وباقى كلامه ظاهر . قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار الخ) وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر ، والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البذل كما في البيع ، فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البذل ، والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك . فإن قيل : فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى إلى عدم الضمان ، ولو حبسه فضايع لاضمان عليه ، فالجواب ما أشار إليه بقوله لأنه غير متعد : يعنى أن الضمان لا يلزم إلا على المتعدى وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان ، لكنه لا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر ، وسنذكره في باب ضمان الأخير . وكل صانع لعمله أثر في العين كالحمال والبهاء والخبز فليس له أن يجبس ، لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين ، بل إنما هو قائم بالعامل أو بعين له ، والحبس فيه غير متصور ،

(قال المصنف : ألا ترى أنه ينتفع به) أقول : فيه إشارة إلى الجواب عن دليلها الثاني : يعنى أن العرف مشترك ، فكأن أنه قد يتولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشريع . وفي القاموس : التشريع : نفس العين .

قال (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح) لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل ، وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الحمل ، ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف الملاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس ، وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر : ليس له حق الحبس في الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس . ولنا أن الاتصال بالخلل ضرورة إقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث أنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع . قال (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه (وإن أطلق له العمل فاه أن يستأجر من يعمل) لأن المستحق عمل في ذمته ، ويمكن إيفاءه بنفسه وبلاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين .

(فصل)

من التور ، ولم يقل حتى يفرغ من العمل بإخراج الخبز من التور ، ولو كان مراده بيان الحكيم معا لقال هكذا تدبر .

وغسل الثوب نظير الحمل : يعني إذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء ، وأما إذا كان فهمي مسألة القصار وهذا مختار بعض المشايخ . واختاره المصنف رحمه الله . وذكر في المبسوط وجامع قاضيخان أن إحداث البياض في الثوب يزيله النور بمنزلة عمل له أثر في العين . قيل وهو الأصح ، لأن البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآبق) جواب عما يقال الآبق إذا رده إنسان كان له حق الحبس وإن لم يكن لعمله أثر في العين قائم . ووجه أن الآبق كان على شرف الملاك وقد أحياه برده فكأنه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالأجر فيما إذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة . وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعي رحمه الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في بيت لعمله فيه أثر وفيما لم يكن (لأنه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم إلى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب . والجواب (أن الاتصال بالخلل ضرورة إقامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك الوكيل إذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس وقد تقدم ، فصار كقبض المشتري المبيع بغير رضا البائع ، فإن البائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضا . قال (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن حيد الدين الضرير رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو بملك مثلا ، وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه ، فليس له أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه ، كأن استأجر دابة بعينها للحمل فإنه ليس للموثر أن يسلم غيرها ، وفيه تأمل لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز ، وإن أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمل لأن المستحق العمل ويمكن إيفاءه بنفسه ، وبلاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين ، والله أعلم .

(فصل)

لما ذكرنا استحقاق تمام الأجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه ، وعقبه لأصل الباب لأن استحقاق

(ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجىء ببعاله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسبه) لأنه أوفى بعض العقود عليه فيستحق العوض بقدره ؛ ومراده إذا كانوا معلومين (وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجىء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فردّه فلا أجر له) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض العقود عليه وهو قطع المسافة ، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته . ولهما أن العقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع) لأن الحمل لم ينتقض (وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فردّه فلا أجر له في قولهم جميعا) لأنه نقض تسليم العقود عليه وهو حمل الطعام ، بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد لأن العقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر .

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

قال في النهاية ومراجع الدراية : لما ذكر مقدمات الإجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الإجارة وما لا يجوز منها انتهى . أقول : فيه نوع خلل ، لأنه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الإجارة وإنما ذكر ذلك

تمام الأجر هو الأصل والنقصان لعراض (ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجىء ببعاله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي) فلما أن يكون على جماعة معلومى العدد أولا ، فإن كان الثاني استحق جميع الأجرة ، وإن كان الأول (فله الأجر بحسبه لأنه أوفى بعض العقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبي جعفر المندوتاني ، واختاره المصنف وإليه أشار بقوله (ومراده) يعني القلوري رحمه الله (إذا كانوا معلومين ، وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويأتى بالجواب فذهب فوجد ميتا) فلما أن يرد الكتاب أو لا ، فإن كان الثاني استحق أجر الذهاب بالإجماع ، وإن كان الأول (فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف ورحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : له أجر الذهاب) وهذا بناء على أن العقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب . ووقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب ، وقد أوفى بعض العقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له . ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الأجر ، كما إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فردّه فإنه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم العقود عليه وهو حمل الطعام ، وليس هناض على محمد ، لأن العقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطع منها ، والله أعلم .

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ وتقييده ، وذكر

(قال المصنف : ومراده إذا كانوا الخ) أقول : في البرازية : وإن لم يكونوا معلومين فالإجارة فاسدة ، وفي الدرر والنور : وإن لم يكن عياله معلومين فله كل الأجر فتأمل فإنه لا مخالفة كما سيتضح في الدرس الآتي من العناية .

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

(قوله باب ما يجوز من الإجارة) أقول : لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الإجارة فيفتح وجه التأخير لأن التفصيل بعد الإجمال فليأمل .

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها) لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه .

في باب آخرأت عقيب هذا الباب وهو باب الإجارة الفاسدة ، بل إنما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر للمؤجر كما وقع في عنوان الباب . وقال في غاية البيان العناية : لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ وتقييده ، وذكر أيضا من الأفعال ما يعدّ خلافا من الأجير للمؤجر وما لا يعدّ خلافا انتهى . أقول : فيه أيضا شيء فتأمل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة : قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لاصلة الاستئجار : يعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى ، لأنه لو نص هكذا وقت العقد لايكون له أن يعمل فيها غير السكنى ، والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه . ومال أكثر الشراح إلى منته في تصوير هذه المسئلة ، غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال : ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار : أى يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها ، وله أن يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده ، وهو الظاهر من كلام القدورى ، إلى هنا كلامه . أقول : فيا قال تاج الشريعة كلام . أما أولا فلأنه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقيد بقوله للسكنى فائدة أصلا ، لأنه إما أن يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى ، أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى ، فإن كان الأول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز ، إذ الظاهر أن الحكم في استئجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز ، وإن كان الثاني فهو من قبيل اللغو ، فإن كون الدور والحوانيت مما يعدّ للسكنى غنى عن البيان غير خفى على أحد . وأما ثانيا فلأن قوله لو نص هكذا وقت العقد لايكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع ، لأنه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى يبنى أن يجوز ، لأن التقيد فيها لا ينافى غير معتبر على ما صرحوا به ، ولهذا إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سيأتى في الكتاب ، ففيها هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقيد . ثم الإنصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القدورى قيد للسكنى في وضع هذه المسئلة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن . كما لا يخفى (قوله لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه) وردّ عليه صاحب الإصلاص والإيضاح كما ردّ على صدر الشريعة حيث قال : لا ، لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه لا ينافى فصيح العقد لأنه لا ينتظمه قوله وله أن يعمل كل شيء سوى موهن البناء ، بل لأن الأصل أن كل عمل لا يضرّ البناء يستحقه بطلاق العقد ، انتهى كلامه . أقول : ليس شيء من شطرى كلامه بسديد ، أما شطره الأول فلأن مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل إلى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على إطلاقها ، فله أن

أيضا من الأفعال ما يعدّ خلافا من الأجير للمؤجر وما لا يعدّ خلافا . قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قيل صورة المسئلة أن يقول : استأجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف إلى السكنى وإن لم يبين ، لأن العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا . وفي القياس : لا يجوز لأن المقصود من الدور

(قال المصنف : ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول : في الفصل الحادى عشر من إجازات المحيط البرهانى في فتاوى أبى الليث : إذا أجرت المرأة دارها من زوجها وسكنها جميعا فلا أجر لها ، قال : وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو لتخبز ، هكذا ذكر انتهى . قيل : في المعنى إن التسليم شرط لصحة الإجارة ، ولوجوب الأجر وسكنها معه يمنع التسليم والحكم بمنوع والمنة مردودة ، وبالقياص على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لأن الطبخ والخبز مستحق عليها ديانة إن لم يكن مستحقا عليها حكما ، أما إسكان الزوج في منزلها غير مستحق عليها لادبانية ولا حكما . وقوله بأن سكنها مع الزوج يمنع التسليم . قلنا : لا يمنع لأنها تابعة للزوج في السكنى كما فصل في الهبة (قوله للسكنى)

وأنه لا يتفاوت فصيح المقد (وله أن يعمل كل شيء) للإطلاق (إلا أنه لا يسكن خدادا ولا قصارا ولا طحانا لأن فيه ضررا ظاهرا) لأنه يوهن البناء فيتقيد المقد بما وراءها دلالة .

يعمل كل شيء منها لهذا الإطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقيق الضرر الظاهر فيه . ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل إلى أعمال السكنى وبين القول بأن له أن يعمل كل شيء من أعمال السكنى لإطلاق عمل السكنى نظرا إلى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره . وأما شرطه الثاني فلا أنه لو كان الأصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوائت يطلق المقد بدون المصير إلى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد ، بل صرحوا في عامة المعنرات بأنه مصروف بالعرف إلى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان ، وقالوا : إن هذا استحسان . وفي القياس لا يصح ، لأن مطلق العمل والانضاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية إلى النزاع كما في استئجار الأراضي للزراعة (قوله وأنه لا يتفاوت فصيح العقد) قال صاحب العناية : هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف ، ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه . وقال بعض الفضلاء : لا أساس لهذا السؤال بالمقام ، إذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى . أقول : لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى ، فحينئذ أساس السؤال بالمقام ظاهر . وأما على ما وقع في النسخ المشورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ، ولما كان تفاوت السكان في العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة ، ويرشد إليه قوله ووجهه : يعني وجه الجواب أن السكنى لا تتفاوت ، وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يقصد العقد فيصح انتهى حيث قال إن السكنى لا تتفاوت ، ولم يقل إن السكان لا يتفاوتون ، تدبر ترشد . وقال الشارح المبني : وفي بعض النسخ : ولأنه لا يتفاوت ، وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال : هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ . أقول : كلامه ليس بصحيح . أما أولا فلأن صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط . وأما ثانيا فلأن جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يندل على نسخة ، ولأنه بل يأباهما إذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا ، والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر إنما يكون من متممات ما قبله فلم يصحح قوله ولهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ ، وإن أراد أن المذكور في لفظ العناية بعصده الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضا ، بل المذكور فيها رأينا من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام (قوله لأن) فيه ضررا ظاهرا لأنه يوهن البناء فيتقيد المقد بما وراءها دلالة) أقول : لفتايل أن يقول : الظاهر من هذا الكلام أن أعمال

والحوائت الانضاع وهو متنوع ، فوجب أن لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ، ووجه الاستحسان أن المعروف كالشرط نصا فينصرف إليه (قوله ولأنه لا يتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه . ووجهه أن السكنى لا تتفاوت ، وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يقصد العقد فيصح (وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والإسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى (للاطلاق) أي لإطلاق المقد فإنه ليس بمقيد بشيء دون شيء (إلا أنه لا يسكن خدادا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء أو الدابة دون اليد إن لم يوهن البناء ، وفي الجملة كل ما لم يتضرر به البناء جاز أن يعمل فيه ويتقيد به . فقولُه لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الياء . وقوله خدادا يكون نصبا على الحال ، ويتقيد به الإسكان ذلالة لانحداد المناط وهو الضرر بالبناء ، ويجوز أن يكون بضم الياء

أقول : حال من الدور والحوائت : أي كائنين مدينين للسكنى (قوله ولأنه لا يتفاوت) أقول : الظاهر وأنه لا يتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول : لا أساس لهذا السؤال بالمقام ، إذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن

قال (ويجوز استئجار الأراضي للزراعة) لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط) لأن الإجارة تعقد للانتفاع ، ولا انتفاع في الحال إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد ، بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ، حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبعة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء) لأنه لما فوّض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة . قال (ويجوز أن يستأجر الساحة لبني فيها أوليغرس فيها نخلا أو شجرا) لأنها منفعة تقصد بالأراضي (ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة) لأنه لانهاية لهما وفي إبقائهما إضرار بصاحب الأرض ،

السكنى متفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالأمثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيها مرآ نفا ، وأنه يعنى السكنى لا يضاوت . ويمكن أن يقال إن معنى قوله السابق أنه لا يضاوت غالبا فالذي يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال ، وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ما شاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها ، وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة) أقول : لقائل أن يقول : في التعليل شائبة الاستدراك ، إذ يمكن أن تمامه أن يقال : لأن ما يزرع فيها متفاوت ، وقوله لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا تقع له في إثباته . فالجواب أنه لا بد في صحة عقد استئجار الأراضي للزراعة من أمرين : أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لأنها قد تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من نفي الجهالة . وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها ، والمصنف لما رأى اندراج الأول أيضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار إلى تعليل كلا الأمرين . أما إلى تعليل الأول فبقوله لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها . وأما إلى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت ، فلم يكن في التعليل الزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة . وكان صاحب العناية تفتن لهذه الدققة حيث قال في تقرير المقام : ويجوز استئجار الأراضي للزراعة ، لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها ، وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة

والمقصودات مفعول به ، ويتنفي به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها) وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ، ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يضاوت في الضرر بالأرض وعدمه ، فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة ، أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء ، لأنه لما فوّض الاختيار إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع (ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص ، لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد ، بخلاف البيع فإن المقصود منه ملك الرقبة) وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع (ويجوز أن يستأجر الساحة) وهي الأرض الخالية من البناء والشجر (لبني فيها أو يفرس لأن ذلك منفعة مقصودة بالأراضي) فيصح بها العقد (فإذا انقضت المدة لزم المستأجر قلعها وتسليمها فارغة لأنه لا نهاية لهما ، ففي إبقائهما ضرر بصاحب الأرض) هذا من جانب المستأجر ، وأما من جانب المؤجر فلا أن الأرض إما أن تنقص بالقلع أو لا ، فإن كان الأول فإن شاء بقرم له قيمة ذلك مقلوعا وبتملكه رضى به المستأجر أو لا ، وإن شاء رضى بتركها على حالها

(قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول : فيه رد على الإحتقان ، ولكن بقي ما هنا كلام ، وهو أن اتحاد المناط لا يكتفى في الدلالة لوجوده في التماس أيضا ، بل لا بد مع ذلك أن يدرك بالغة فتأمل هل يوجد ذلك هنا (قال للمصنف : ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول : إنما قال ذلك ، لأن كون المنفعة مقصودة بمثابة استيفائها بقصد الإجارة ويجرى بها التماس من

بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانيين . قال (إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرّم له قيمة ذلك مقلوعاً ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الفرس والشجر ، إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه . قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا) لأن الحق له فله أن لا يستوفيه . قال (وفي الجامع الصغير : إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فلها تمقلع) لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبهه الشجر . قال (ويموز استئجار الدواب للركوب والجمال) لأنه منفعة معلومة معهودة (فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء) عملاً بالإطلاق . ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مراداً من الأصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه (وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق جاز فيها ذكرنا) لإطلاق اللفظ وتفاوت

ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة انتهى (قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملاً بالإطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه : لأن المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئاً أو زاد ، فقل هذا إما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلان ؛ ففي الوجه الأول يفسد العقد لأن الركوب مما يختلف اختلافاً فاحشاً فيكون المقود عليه مجهولاً ، فإن أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز . وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزاً لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء . لأن عقد الإجارة يتعقد ساعة فساعة ، فكل جزء منه ابتداء ، وإذا ارتفع للجهالة من الابتداء صح العقد ، فكذا هاهنا . وفي الوجه الثاني

فيكون البناء لهذا والأرض لذلك لأن الحق له فله أن يتركه ، وإن كان الثاني فله أن يغرّم قيمة ذلك مقلوعاً لكن يرضى المستأجر (وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يترك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانيين) وذلك لأننا لو قلناه تضرر المستأجر ، ولو تركنا الأرض بيده بلا أجر تضرر المؤجر ، وفي تركه بأجر رعاية الجانيين قصير إليه . وأورد مسألة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة . قال (ويموز استئجار الدواب للركوب والجمال الخ) إذا استأجر دابة للركوب ، فلما أن يقول عند العقد استأجرته للركوب ولم يزد عليه ، أو زاد فقال على أن يركب من شاء ، أو على أن يركب فلان فهي ثلاثة أوجه ، فإن كان الأول فالعقد فاسد لأنه مما يختلف اختلافاً فاحشاً ، فإن أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز ، كما لو اشترى شيئاً بخمر أو خنزير . وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزاً لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لأنها عقد يتعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء ، وإذا ارتفعت للجهالة من الابتداء صح العقد ، فكذا هاهنا . وإن كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ، ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره ، لأنه تعين مراداً من الأصل على الوجه الذي قلنا ؛ فإن أركب غيره بعد ذلك فطُبعت ضمن ، وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أو لا ، والمراد بقوله فإن أطلق الركوب هو أن يقول على أن يركب من شاء ، وإن كان الثالث فليس له أن يتعداه لأنه تعين مفيد لا بد من اعتباره ، فإن تعداه كان ضماناً ، وكذلك

الناس من شرائط صحة الإجارة . قال في البدائع في تحليل هذا الشرط : لأنها عقد شرع ، بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيها لاتمام فيه الناس . ثم قال : فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الخياب عليها والاستظللال بها ، لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ، ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيته ذلك فيه لم يجز لأنه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة (قوله وإن كان الثاني فله أن يغرّم قيمة ذلك مقلوعاً) أقول : وإن شاء رضى بتركها على حالها ولم يذكره الشارع تمويلاً على انتفاهم من الكلام (قوله على الوجه الذي قلنا) أقول : آتفاً .

الناس في اللبس (وإن قال : على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فخطأ كان ضامنا) لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التحيين ، وليس له أن يتعداه ، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا . فأما المقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره ، لأن التقيد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضرّ بالبناء ، والذي يضرّ بالبناء خارج على ما ذكرنا . قال (وإن سمى نوعا وقدر معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقره حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسهم) لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت ، أو لكونه خيرا من الأول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد)

يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره ، لأنه تعين مراداً من الأصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء . وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لأنه تعين مفيد لا بد من اعتباره فإن تعدى ضار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الأوجه كذا قالوا . ثم أعلم أن الشراح اختلفوا في تعيين أن المراد بقول القدوري : فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء ، أي وجه من هاتيك الأوجه الثلاثة ، فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن يركب من شئت ، وأن المراد بالإطلاق التعميم بدون التقيد بركوب شخص بعينه كما جزم به الإمام الزاهد والإمام أبو نصر الأقطع في شرحيهما لمختصر القدوري ، وجزم فرقة أخرى منهم كأصحاب النهاية والكفاية ومراجع الدراية الحمل على الوجهين : أحدهما آخر أحوال الوجه الأول وهو انقلاب العقد إلى الجواز بعدما وقع فاسداً بأن يكون معنى قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسداً . وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل . إذا عرفت هذا فأقول إن تعليل المصنف هذه المسئلة : أعني قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء بقوله عملاً بالإطلاق يقتضي أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لأنه إنما يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الأول إذ لا شك أن علة انقلاب العقد إلى الجواز في الوجه الأول إنما هي تعيين المقعود عليه بقاء لا إطلاقه ، وإنما الإطلاق علة الفساد ابتداء . وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الإطلاق هاهنا بالوجه الثاني ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال : فإن أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جاز له أن يركب أو يلبس من شاء عملاً بإطلاق اللفظ انتهى فتدبر (قوله وإن سمى نوعا وقدر معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقره حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسهم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر ، وأما مثال

كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة ، وحكم الحمل كحكم الركوب ؛ بخلاف المقار فإنه إذا شرط سكنى واحد بعينه جاز لإسكان غيره لأن التقيد غير مفيد لعدم التفاوت . فإن قيل : قد تتفاوت السكان أيضاً ، فإن سكنى بعض قد ينصرف به كالحلداد ونحوه . أجاب بقوله (والذي يضرّ بالبناء خارج على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل ، وقول المصنف ويجوز استئجار الدواب لركوب معناه لركوب معين ، إما نصاً حقيقة أو تقدير (وإن سمى نوعا ومقداراً من شيء يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقره حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثله في الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو) ما هو (أقل) ضرراً (كالشعير والسهم) فإنهما إذا كانا خمسة أفقره كان أقل وزناً فكان أقل ضرراً . وذكر في النهاية أن في الكلام لفناً ونشراً ، فإن الشعير ينصرف إلى الخلل والسهم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل ، وليس بواضح فإن السهم أيضاً مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل ، وإنما جاز له ذلك (لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت) يعني به إذا كان مثلاً (أو لكونه خيراً) يعني به إذا كان أقل ضرراً (وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضرراً من الحنطة كالملح) إذا كان

(قوله أو تقديراً) أقول : كما في الوجه المذكور في الكتاب أولاً (قوله وليس بواضح) أقول : وفيه بحث ، فإن صاحب النهاية يعني أن

لانعدام الرضا فيه) وإن استأجرها ليحمل عليها قطنا مياه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه وبما يكون أضرب بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينسبط على ظهرها . قال (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فقطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ، ولأن الآدى غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات . قال (وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فقطبت

ما هو مثل في الضرر فكما إذا سمى خمسة أفقرة حنطة بعينها فحمل خمسة أفقرة حنطة أخرى ، وإنما ترك هذا في الكتاب لظهوره . قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعر والسمسم : هذا لف ونشر ، فإن الشعر ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لامن حيث الوزن انتهى . وتبعه الشارح الكاكي كما هو دأبه في أكثر الأحوال . وقال صاحب غاية البيان : قال بعضهم : فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعر إلى قوله مثل الخنطة ، ويرجع قوله والسمسم إلى قوله أقل ، وليس ذلك بشيء لأن الشعر ليس مثل الخنطة بل أخف منها ، ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعر فحمل عليها مائة رطل من الخنطة ضمن إذا عطبت ، فلو كان مثلاً لم يضمن ، كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل ، بل قوله كالشعر والسمسم جميعاً نظير قوله أقل ، إلى هنا كلامه . وقال صاحب العناية : وذكر في النهاية أن في الكلام لفا ونشراً فإن الشعر ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل ، وليس بواضح فإن السمسم أيضاً مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه . أقول : فيه خبط واضح ، فإنه إذا كان التقدير من حيث الكيل فلماذا يكون السمسم مثل الخنطة في الكيل ، ولا شك أن المراد بالمثل والأقل هاهنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب ، وإنما تكون المثلية في الضرر بالتساوى في الوزن والأقلية في الضرر بالقلّة في الوزن ، وانتفاء التساوى في الوزن بين السمسم والخنطة إذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بدىي ، فكان صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والأقلية أيضاً من حيث الكيل وهو عجيب من مثله . نعم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعر مثل الخنطة في الضرر إذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فقطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية : قيل (وإنما قيد بكونه رجلاً لأنه إذا أردف صبيها

مثلها كيلاً لأنه أثقل) لانعدام الرضا فيه ، وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له أن يعمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما كان أضرب على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر ، بخلاف القطن فإنه ينسبط عليه) وإنما ذكره مع كونه معلوماً مما سبق لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فقطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ، ولأن الآدى غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدداً لراكب كعدد الجناة في الجنائيات والجناة جمع جان كالبناة جمع باغ ، فإنه إذا جرح رجل رجلاً جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فأتى فالدية بينهما أنصافاً لأن ربّ جراحة واحدة أكثر تأثيراً من عشر جراحات . قيل (وإنما قيد بكونه رجلاً لأنه إذا أردف صبيها ضمن بقدر ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه لأنه بمنزلة الحمل) (وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فقطبت

خسة أفقرة من الشعر مثل خمسة أفقرة من الخنطة في الضرر ، فالجواب منع ذلك لما ذكره الشارح كما لا يخفى (قوله لأنه أثقل لانعدام الرضا فيه) أقول : الأولى أن يقال : ولا رضى به المؤجر (قال المصنف : وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً) أقول : قال صاحب الكفاية : قيد بقوله رجلاً لأنه لو أردف صبيها لا يستمسك ضمن مازاد الثقل ، وإن كان صبيها يستمسك فهو كالرجل انتهى إلا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله وقيل (وإنما قيد ، إلى قوله : لأنه بمنزلة الحمل) أقول : إلا أن قوله ولأن الآدى غير موزون يدل على

ضمن ما زاد الثقل) لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليها (إلا إذا كان حلا لا يطبق مثل تلك الدابة فيحنث ضمن كل قيمتها) لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة . قال (وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا) لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله بإذنه فلا يضمنه . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإذن مقيد بشرط

ضمن بقدر ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه لأنه بمنزلة الحمل انتهى . وقال بعض الفضلاء : إلا أن قوله ولأن الآدى غير موزون يدل على خلاف ذلك . ولعل تصدير الكلام بصيغة التريض لذلك انتهى . أقول : ليس الأمر كذلك ، لأن الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدى فلم يدخل تحت قوله ولأن الآدى غير موزون فلم يكن ما قبل على خلاف ذلك الدليل . ويرشد إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال : ثم الفقه في اعتبار عدد الراكب في الآدى لا الثقل هو أن الآدى مخصوص بعلم القروسية . وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني : هذا الذي ذكره من الجواب فيما إذا أردف مثله . وأما إذا أردف صبيا يضمن بقدر ثقله ، لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التمسك ، إلى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد . ثم إنه لا مجال للتصديق إلى تضعيف ذلك القول لأنه ما تقرر في عامة معتبرات الفتاوى ، وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الإمام المحقق : ومن العجائب ما هنا أنه لما قال صاحب الكافي : ولأن الآدى لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية ولأن الآدى غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر ، وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ، ولكن لا ينضب هذا على ما لا يخفى انتهى . فكانه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدى بالقبان أصلا . وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا إلا أن يكون مجردا أو جسما طعنا (قوله وقالوا : لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا ، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب

ضمن ما زاد الثقل لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الملاك الثقل فانقسم عليها (إذا كان مثلها يطبق حله) . وأما إذا كان حلا لا يطبق مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) كما إذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى ، كمن استأجرها ليحملها خمسة أفقره من شعير فحملها مثل كيلة خطئة فإنه يضمن جميع قيمتها لعدم الإذن ، بخلاف ما إذا كانت من جنسه لأنه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان . ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم خطئة فطحن أحد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وإن كانت الزيادة من الجنس . وأجيب بأن الطحن إنما يكون شيئا فشيئا فإذا طحن العشرة انتهى الإذن ، فبعد ذلك هو في الطحن تخالف في استعمال الدابة بغير الإذن فيضمن الجميع ، فأما في الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك ، وهذا يتدفع ما قيل على ما إذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلا فإنه يجب عليه ضمان كل القيمة ، لأنه إذا استأجرها ليركبها بنفسه فأركبها غيره ضمن جميع القيمة ، فإذا أردف قد أركب غيره وركب أيضا فركوبه زيادة ضرر عليها ، فإن لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لا بحالة ، لأنه في الإركاب مغردا تخالف من كل وجه . وفي الإدراف مأذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر . قال (وإن كبح الدابة بلجامها الخ) وإن كبح الدابة بلجامها : أي جنبها إلى نفسه لتقف ولا تجرى أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا ، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد ، وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله بإذنه . وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته . والجواب أن اللام في المتعارف للمعهد أي

خلاف ذلك ، ولعل تصدير الكلام بصيغة التريض لذلك (قوله لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) أقول : فيه تأمل ، ولعل المراد لعدم اعتبار الإذن ، فإنه لما كان ماحله خارجا عن المادة ظهر أنه قصد إنتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الإذن معنى (قوله وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد الخ) أقول : ويجوز أن يقال : المراد بالسخول عدم الخروج .

السلامة إذ يتحقق السوق بدونه ، وإنماهما للمبالغة فيتنقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق . قال (وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن ، وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة إذا استأجرها ذاهبا لاجتائيا لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا إلى يد المالك معنى . وأما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق . وقيل لا ، بل الجواب مجرى على الإطلاق . والفرق أن المودع بأمر بالحفظ مقصودا فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل

العناية : وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بطلق العقد لادخال تحته . والجواب أن اللام في المتعارف للعهد : أي الكعج المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لامرادا ، لأن العقد المطلق يتناولوه وغيره اه كلامه . وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب . أما في الأول فيأن قال : ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج ، الكعج المتعارف أو الضرب المتعارف ، وحينئذ يكون داخلا لامرادا لأن العقد المطلق يتناولوه وغيره . ولأن حنيفة القول بالموجب : أي سلمنا أنه حاصل بالإذن ، لكن الإذن فيها ينفع به المأذون مقيد بشرط السلامة إذا أمكن تحقق المقصود بها ، وهاتنا يمكن إذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق (وإن استأجرها إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها إلى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا . (ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية) واختلف المشايخ في معنى هذا الوضع . ففهم من أول المسئلة بأن المراد هو إن استأجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية إليها مردودا إلى يد المالك معنى فإنه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرديء الغائب رد إلى المالك معنى . أما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق . ومنهم من أجرى على الإطلاق وقرق بينه وبين المودع بأن المودع بأمر بالحفظ مقصودا وهو ظاهر ، وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود إلى الوفاق لقوة الأمر لكونه مقصودا ، وحينئذ يكون الرد إلى نائب المالك والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعاً للاستعمال لا مقصودا ، فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائباً ليكون الرد رداً إليه ، ولا يرد إلا بالرد إلى المالك أو نائبه . ونوقض بغاصب الغاصب إذا رد الغاصب على الغاصب فإنه يرد إلى من لم يوجد الرد على أحد هذين . والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة ، وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر . والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل . فإن قيل : الرد إلى المالك أو نائبه إزالة للتعلي وهو يصلح مترثا عن الضمان ، والرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا تسلم صلاحيته لذلك . فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول ، وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لثلا يلزم كون الشيء مضموناً بضمانين . قيل لإلحاق العارية بالإجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس يستقيم ثبوت التفرقة بينهما ، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالودع ، وموثة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة . والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الإلحاق ، والاتحاد في المناط كاف للإلحاق وهو موجود ، فإن المناط هو التجاوز عن المسمى

(قوله أي الكعج المتعارف) أقول : ولعل الأولى أن يقال أي الفعل المتعارف (قوله إذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول : الفسر في قوله بهاراجع إلى قوله السلامة (قوله إذ يتحقق السوق بدونه) أقول : أي بدون الضرب كتحريك الرجلين والسياح (قوله فإنه لما كان مودعا معنى الخ) أقول : تأمل في هذا التحليل (قوله ونوقض بغاصب الغاصب ، إلى قوله : على أحد هذين) أقول : لا يبعد أن يقال إن الغاصب في فرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول : لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يرد إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر إلى ما نحن بصدد . ثم قد يكون للمستأجر الذي ضل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتعذر (قوله قيل لإلحاق العارية) أقول : انشأ لي عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه الخ) أقول : فيه نوع تأمل ، فإن مراد القائل إنه إذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يرد للمستأجر عن الضمان

الرد إلى يد نائب المالك ، وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا ، فإذا انقطع
الاستعمال لم يبق هو نائب فلا يبرأ بالعود وهذا أصح . قال (ومن أكثرى حمارا بسرجه فزعه السرج وأسرجه
بسرجه يسرجه بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان يماثل الأول تناوله إذن المالك ، إذ لا فائدة في التقييد
بغيره إلا إذا كان زائدا عليه في الوزن فيحتث بضمن الزيادة (وإن كان لا يسرجه بمثله الحمر ضمن) لأنه

وأما في الثاني فبان قال : ولعل الأول أن يقال أي الفعل المتعارف اه . أقول : كل من تصرفه ساقط . أما الأول فلأن كون
المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة . فإن ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا ، فإرادة ذلك
منه عين التسامح في العبارة . وأما الثاني فلأنه لو قال في تفسير المجهود : أي الفعل المتعارف لم يتم الجواب ، إذ الفعل المتعارف
مطلقا مراد بمطلق المقد لا داخل تحته ، وإنما الداخل تحته الفعل المتعارف الخصوص وهو هاهنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف
وإن أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج إلى تفسير آخر
في تعيين المراد ، فالأولى ما في العناية كما لا يخفى قوله وفي الإجارة والإعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا
فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائب فلا يبرأ بالعود (فإنه لما جاوز الحيرة صار غاصبا للداية ودخلت الدابة في ضمانه ،
والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد ، كذا في الكافي
وعامة الشروح . وتوقض بغاصب الغاصب إذا رد المصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين . وأجيب
عنه في النهاية وكثير من الشروح بأننا تزيد في المأخذ فنقول : إنما يبرأ بالرد إلى أحد هذين أو إلى من لم يوجد منه سبب ضمان
يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ، والغاصب الأول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ، وجزاه في النهاية ومعراج الدراية
إلى القوائد الظهيرية . وقال في العناية : والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة ، وليس كل ما يوجب البراءة يجب
أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر . والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب
ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه . أقول : يرد عليه أن قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على
أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينفيه الحصر المستفاد من قوله والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك
أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ، ومورد النقض ليس إلا الحصر المستفاد من تلك المقسمة ، اللهم إلا أن يحمل

متعليا لم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيما لا محالة (قوله وهذا) أي الإجراء على الإطلاق أصح
(ومن أكثرى حمارا بسرجه فاستعماله بموافقة ، فإن نزع فلما أن يستعمله بسرجه آخر وإكاف . وكل منهما على قسمين : إما أن
يسرجه بسرجه يسرجه بمثله الحمر أولا وكذلك الإكاف ، فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه ، لأنه لما كان مثله تناوله الإذن إذ
لا فائدة في التقييد بغيره : أي من حيث المنع : يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرجه بغير هذا السرج الذي عينه
صاحبها إذا كان غيره بمثله ، وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح . وقوله (إلا إذا كان زائدا عليه في الوزن) استثناء
من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الإذن فكان مأذونا في المسمى غير مأذون في الزيادة ، وفي مثله بضمن الزيادة إذا
كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحطة ، وإن أسرج بما لا يسرجه بمثله مثل أن يسرجه بسرجه البرذون

فما نحن فيه بالرد إلى يده ، ولا كذلك العارية ، فلانساب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح
فليأمل (قال المصنف : ومن أكثرى حمارا بسرجه النخ) أقول : إذا استأجر حمارا بسرجه فأسرجه بسرجه لا يسرجه بمثله الحمر فهو ضامن
بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالإجماع ، وإن كان السرج الثاني أغنى من الأول أو مثله فلا ضمان ، كذا في الفصل السابع والعشرين من
إجراءات المحيط البرهاني ، ولا يخفى عليك مخالفتي لما في الهداية (قوله يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرجه بغير هذا السرج النخ)
أقول : ولا يبعد أن يقال التفسير في قوله غيره راجع إلى سرج يسرجه بمثله الحمر كالضائر السابقة ، فالمراد بغيره هو غير السرج الذي
عينه صاحبها فاضل .

لم يتناولوه إلاذن من جهته فصار مخالفاً (وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة ، وقالوا : يضمن بحسابه) لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب ، وكذا ينسبط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينسبط عليه الآخر

ذلك الحصر على القصر الإضافي دون الحقيقي ، فالغنى أن الغاصب لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما لا بالعود ، فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر ، وقصد بعض الفضلاء أن يجب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال : لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر إلى ما نحن فيه . نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر اه كلامه . أقول : ليس ذلك بمستقيم لأن قولهم والغاصب لا يبرأ إلا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الأول بأن يقال : المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة ، وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه إلا بأحدهما ، ولم يوجد هنا شيء منهما ، فظهر صحة الحصر بالنظر إلى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر إلى كلية الكبرى والكلام فيها ، ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه أن المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما ، لأن الغاصب مطلقاً لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب إذا رد المصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه . فإن قيل : يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقاً فيكون للنقض الزبور مساس بكلامه أيضاً . قلنا : فلا يصح الحصر الزبور إذ ذاك بالنظر إلى ما نحن فيه أيضاً فلا يتم المطلوب . فالخلاص في الجملة لتصحيح ما في العناية إنما هو حمل الحصر على القصر الإضافي كما نبهنا عليه من قبل . قال في النهاية : فإن قلت : إلحاق الإجارة بالمعاري في حكم الضمان غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير ، وكذلك مؤنة الرد على المالك في الإجارة كما في الودعية بخلاف الإجارة . قلت : هذا هو الذي تشبه به عيسى بن أبيان في الطعن في جواب الكتاب ، ولكننا نقول : رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعد المعاوضة ، وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور ، وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من

ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناولوه إلاذن من جهته فصار مخالفاً (وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج) لأنه لم يتناولوه إلاذن . (وهذا أولى) لأنه من خلاف جنسه (وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية الجامع الصغير لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن . وذكر في الإجازات يضمن بقدر ما زاد . فن المشايخ من قال : ليس في المسئلة روايتان ، وإنما المطلق محمول على المفسر ، ومنهم من قال فيها روايتان : في رواية الإجازات يضمن بقدر ما زاده ، وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة ، قال شيخ الإسلام : وهذا أصح . وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، فتم من قال : المراد المساحة حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شهرين والإكاف قدر أربعة أشهر يضمن نصف قيمتها ، ومنهم من قال : معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى إذا كان وزن السرج منوين والإكاف ستة أمثاله يضمن ثلثي قيمتها ، وإليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه . ولأبي حنيفة أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب ، وينسبط أحدهما على الظهر أكثر من الآخر) فصار كما رأينا

فكان مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة . قال (وإن استأجر حلالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه ، وإن بلغ فله الأجر) وهذا إذا لم يكن بين الطرفين تفاوت ، لأن عند ذلك التقييد غير مفيد ، أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفا (وإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة . قال (وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وإن بلغ فله الأجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى . قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها)

المنفعة في النقل ، فأما يد المستأجر يد نفسه لأنه هو المتفع في استمساك العين المستأجر ، إذ لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ماله من الأجرة اه . وعلى هذا النوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كثير من الشروح ، وعزاء في الكفاية إلى الميسوط . وقال في العناية : قيل إلحاق الإعارة بالإجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما ، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع وموثة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة . والجواب أن الاتحاد بين الشئتين من بكل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الإلحاق ، والاتحاد في المناط كاف للإلحاق وهو موجود ، فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعليا ثم الرجوع إليه فيما لم يكن المحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيها لامحالة اه . أقول : هذا الجواب ليس بمستقيم ، لأن الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للإلحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن ، بل لا يكون ذلك مناطا للإلحاق في حكم الضمان ، فإن يد المستأجر إن كان كيد المالك كان تعدى المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدى المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم إلحاق واحدة من الإجارة والعارية بالأخرى . فالجواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية : فيه نظر ، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال

حنطة وحمل يوزنها شعيرا فإنه يضمن لأن الشعير ينسبط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا) وقوله (كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظر ، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال ، إلا إذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر إلى الابلساط وعدمه (ومن استأجر حلالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلطه غيره) فلا يخلو إما أن يكون ماسلكه مما يسلكه الناس أولا فلا كان الأول ، فإذا أن يكون بين الطرفين تفاوت بأن يكون أحدهما أوعر أو أخوف أو نحو ذلك أولا ، فإن كان الثاني فلا ضمان عليه لأن التقييد إذ ذاك غير مفيد ، وإن كان الأول ضمن لصحة التقييد لكونه مقيدا . فإن قيل : محمد أطلق الرواية لأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيده في هذا التخصيص . أجاب بقوله (إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وإن كان الثاني : أضحى ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا ، وإذا بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة (وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر) حتى أن للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البر فون البحر ، فإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف بحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وإن بقي صورة . قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة الغنم ومن استأجر أرضا لزراعة شيء فزرع مثله في الضرر بالأرض وما هو أقل منه يوجب الأجر لأنه موافقة أو مخالفة إلى خير وزرع ما هو أضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فخالفه إلى شيء يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ، ويسقط الأجر لأن الأجر والضمان لا يجتمعان إذ الأجر يستلزم عدم التعدى والضمان يستلزمه وتنافي الوازم يدل على تنافي

لأن الرطاب أضرّ بالأرض من الخنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شرّ فيضمن ما نقصها (ولا أجر له) لأنه غاصب للأرض على ما قررناه . قال (ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدينار فخطأه قباء ، فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهما) قيل : معناه القرطف الذي هو ذو طاق واحد ، لأنه يستعمل استعمال القميص ، وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة . وعن أبي حنيفة أنه يضمنه من غير خيار لأن القباء خلاف جنس القميص . ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشدّ وسطه ، فن هذا الوجه يكون مخالفاً لأن القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أيّ الجهتين شاء ، إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة . ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجازات الفاسدة على ما نبينه في باب إن شاء الله تعالى . ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قبل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة ، والأصح أنه يغير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزاً فإنه يغير كذا هذا ، والله أعلم .

(باب الإجارة الفاسدة)

قال (الإجارة فسدتها الشروط كما تفسد البيع) لأنه بمنزلة ، ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) وقال زفر والشافعي : يجب بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان .

إلا إذا جعل ذلك مثلاً للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعلمه اه . وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية : قلت : ليس فيه عكس ، لأن الحديد قدر وزن الخنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الخنطة وهذا ظاهر اه . أقول : بل فساد كلامه ظاهر ، لأن تعليقه يتناقض ما ادّعاه ، فإن الحديد الذي هو قدر وزن الخنطة المشروطة إذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الخنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقلّ انبساطاً على ظهر الدابة مما شرطه له في العقد وهو الخنطة ، وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكترى على الحمار وهو الإكاف أكثر انبساطاً مما عين له في العقد وهو السرج ، وهو عكس ذلك لا محالة .

(باب الإجارة الفاسدة)

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج إلى معنرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قوله والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح : أي الواجب فيها هو الأقل من أجر المثل ومن المسمى ، وقالوا : هذا الحكم

الملزومات . وقوله (ومن دفع إلى خياط ثوباً) ظاهر . وقوله (وينتفع به انتفاع القميص) يريد به ستر العورة ودفع الحرّ والبرد . وقوله (لقصور جهة الموافقة) لأن صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابلاً بخياطة القميص دون القباء ، والباقي ظاهر .

(باب الإجارة الفاسدة)

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج إلى معنرة لوقوعها في محلها . قال (الإجارة فسدتها الشروط) تفسد الإجارة

(قوله لأن صاحب الثوب النج) أقول : تعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ما علل بقوله لقصور جهة الموافقة : أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لأن صاحب الثوب النج .

(باب الإجارة الفاسدة)

ولنا أن المنافع لا تنقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيمكن بالضرورة في الصحيح منها ، إلا أن الفاسد تبع له ، ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة ، لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة ، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، بخلاف البيع لأن العين متقومة في نفسها وهي الموجب الأصلي ، فإن

إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية ، لأنه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغا ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان . وقال صاحب العناية : والواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى ، وقال : إنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للمهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعها لما قيل الأقل من الأجر ومن المسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط ، أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ ، نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان اه كلامه . أقول : فيه شيء . أما أولا فلأن قوله والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ التدوير في مختصره ، ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذكور للمهد ، لأن قوله الإجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور ، بل ذكر قبل مقدار الورقتين ، ووقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الإجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط ، فلا معنى لأن يجعل سياق الكلام علة لجعل اللام في قوله المذكور للمهد . نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام التدوير . وأما ثانيا فلأنه لو كان اللام في القول المذكور للمهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور في باب الإجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الإجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط ، وأن يكون حكم باقي

بالشروط التي فساد البيع بها لأنها يميز له في كون كل واحد منهما يقبل الإقالة والفسخ ، والواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى ، وإنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للمهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعها لما قيل الأقل من الأجر والمسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط ، أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الأعيان ، فإن البيع إذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت ، وهذا بناء على أن المنافع عنده كالأعيان . ولنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد ، والضروري يقتدر بقدر الضرورة ، والضرورة تندفع بالصحيحة فيمكن بها . وهذا كما ترى

(قوله وإنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للمهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعها لما قيل : الأقل من الأجر والمسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط ، أما إذا فسدت لجهالة المسمى الخ) أقول : وإن كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم ، كما إذا استأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يمسرها أو يرميها ، وقالوا : إذا استأجر الدار على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الإجارة ، ويجب عليه إن سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ ، كذا في شرح الزيلعي فتأمل . إذا كان الحال ما سمعت هل يتدفع مادة الاعتراض بجعل اللام للمهد ؟ قال في المحيط البرهاني : إذا تكرار دار من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالإجارة فاسدة لأنه شرط في الإجارة ما لا يقتضيه العقد ، والواجب فيه منفعة ، فإنه إذا لم يسكن فيها للمستأجر لا يملئ بئر الوضوء والمخرج ، وإذا سكن يملئ ، وإصلاح ذلك على الأجر فكان للأجير فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى . قال الإيتاني في شرح قوله : ومن دفع إلى حائك غزلا ليسج به بالنصف الخ : لو قال أجرتك هذه الدار شهرا بشرط أن لا يسكنها فسدت هذه الإجارة ، وإن سكنها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه ، وهذا أيضا يرجع إلى جهالة المسمى في الحقيقة ، كذا قال الإمام فخر الدين قاضيخان انتهى . ولعل وجهه أن العاقدين لم يجعل المسمى بمقابلة المنافع ، حيث شرط المستأجر أن لا يسكن ، ولا بمقابلة التسليم لأنه لا يتحقق مع فساد العقد ، لأن التسليم هو التحلية وهي التي يمكن كاستيجار ، وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع المسمى من العباد وقد مر ، فإذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابله بدل فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ ، كما إذا لم يذكر في العقد تسمية أصلا ، ولا ينقص عن المسمى لأن المستأجر رضي بالمسمى بعون الانتفاع ، نعم الانتفاع أولى فليعتبر ، والله المأني (قوله بالغا ما بلغ) أقول : لا انتفاع المرجح ثمة (قال المصنف : لأن الفاسد تبع له) أقول : ينبغي أن يكون هاهنا مقسمة مطوية مثل أن يقال : ولا يلزم عدم اعتبار الفاسد ، وفي بعض النسخ : إلا أن الفاسد تبع له ،

صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا . قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور ، إلا أن يسمى جملة شهور معلومة) لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيها لانهائية له تصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما

أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالإيجاب ، وما فسد بالشروع عند أي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين أصلا لا في مختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتمرات ، وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة . وأما ثالثا فلأنه إن اندفع بجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قبل على الوجه الذي ذكره . يرد عليه أن يقال من الإجارة الفاسدة بالشروط مالا يجب فيه الأقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغا ما بلغ ، كما إذا استأجر دارا أو حانوتا ستة مائة درهم على أن يرهما المستأجر فإن الواجب على المستأجر هناك أجر المثل بالغا ما بلغ ، صرح به في فتاوى قاضيخان وغيرهما . وذكر في النهاية أيضا نقلا عن فتاوى قاضيخان إلى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتمرات فينقض بمثل ذلك قوله الواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى . ثم أقول : الحق عندى أن اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية ، بل هو لاستغراق أو الجنس ، وأنه لا حاجة إلى تقييد الحكم المذكور بأنه فيما إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب إليه جمهور الشراح ، وذلك لأن معنى الكلام أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى إذا كان هناك مسمى معلوم ، لأن مجاوزة المسمى إنما تتصور فيه ، فإنه إذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشيء أصلا لقطع بأن المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغو أن يقال هناك : لا يجاوز المسمى بأجر المثل ، قصار ملخص المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل ، إلا أن يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الأقل منهما ، فلم منه حكم الإجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغا ما بلغ إن لم يكن هناك مسمى معلوم ، ووجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى إن كان هناك مسمى معلوم . والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيها وقعوا ، وإذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الإجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ، ولا يلزم شيء من المحلورات فتأمل وكن الحاكم الفصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة : فإن قلت : لو كان فاسدا لحاز القسح في الحال : قلت : الإجارة من العقود المضافة ، وانقضاء الإجارة في أول الشهر قبيل الانقضاء كيف تفسخ انتهى ، وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب . أقول : في الجواب نظر ، لأن انقضاء الإجارة وإن كان في أول الشهر إلا أن عقدها قد تحقق في الحال بالإيجاب والقبول فلم لا يكتفى في جواز الفسخ كون القسح بعد تحقق العقد ، وقد مر

يقضى عدم اعتبار الإجارة الفاسدة ، إلا أن الفاسدة تبع للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل ، وهذا يقضى لزوم الأجر المسمى بالغا ما بلغ لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد سقطت الزيادة وهذا يقضى لزوم الأجر المسمى بالغا ما بلغ ، لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى ، بخلاف البيع فإن العين منقوض في نفسه ، وهو أى القيمة هو الموجب الأصل ، وإنما ذكره لتذكير الخبر ، فإن صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد إلا أن يسمى جملة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيها لانهائية له تصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لأن جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجيح بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن

وهذه النسخة ظاهرة (قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول : أى مجهول (قوله ومحصورا ترجيح بلا مرجح) أقول : فيه سعة ، والمراد في اعتباره ترجيح بلا مرجح . . .

فصح العقد فيه ، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمي جملة شهر معلومة جاز) لأن المدة صارت معلومة . قال (وإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرج به إلى أن ينقضي ، وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني ؛ إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس ، وقد مال إليه بعض المشايخ ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها لأن في اعتبار الأول بعض الحرج . قال (وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة) لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار للإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم ، ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي

في أول كتاب الإجارة أن الإجارة مطلقاً تنقضي ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، فقالوا في توجيه تراخي الانقضاء إلى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علة في الحال وهي العقد أن الانقضاء حكم الشرع والعلة الشرعية تغاير العلة العقلية في جواز انفساكتها من معلولاتها ، فلم يميز الفسخ قبل أو ان الانقضاء ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانقضاء لما جاز فسخ الإجارة الصحيحة أيضاً بغير أو عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها ، فإنه إذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانقضاء في حقه فيلزم الفسخ قبل الانقضاء بالنظر إليه ، مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة ، وسيجيء في الكتاب (قوله) وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح (قال في المحيط البرهاني : وفي الأصل إذا استأجر الرجل من آخر داراً كل شهر بعشرة دراهم فإن أبا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر ، فإن سكن يوماً أو يومين لزمه الإجارة في الشهر الثاني . واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة . بعضهم قال : أراد بقوله جائز أن الإجارة في الشهر الأول جائزة ، فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالإجارة فاسدة لجهالة المدة إلا أنه إذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الإجارة في رأس الشهر جازت الإجارة في الشهر الثاني ، لأن الشهر الثاني صار كالشهر الأول . وبعضهم قال لا ، بل الإجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الأول ، وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وإنما جازت الإجارة فيه وراء الشهر الأول وإن كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير تكبر منكر ، وإنما ثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر ، وإن كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوع ضرورة بيانها أن موضوع الإجارة أن لاتزال الرقبة عن ملك المؤجر ولا يجعلها ملكاً للمستأجر ، ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر لزال رقبة المستأجر

(فصح العقد فيه ، وإذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم أن يكون النقص بمحض الآخر أولاً ؟ اختلف المشايخ فيه ، ففهم من يقول إنه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ، ويصح على قول أبي يوسف ومنهم من يقول إنه لا يصح بغير محضره بلا خلاف ، ووجه ذلك مذکور في المطولات (فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضاً . ولم يكن للمؤجر أن يخرج به إلى أن ينقضي الشهر ، وكذا كل شهر سكن في أوله لأنه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله ، إلا أن الذي ذكره في الكتاب (أي القدوري) هو القياس ، وإليه مال بعض المتأخرين ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى ويومها من الشهر الثاني ، لأن في اعتبار الأول بعض الحرج) واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال ، فكما أهل مضي رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار . وقيل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز . وذكروا لذلك طرقاً ثلاثة : منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد إذا أهل الهلال فيكون هذا فسخاً مضافاً إلى رأس الشهر ، وعقد الإجارة يصبح مضافاً فكذا فسخته (فإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم صح وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار للإجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه)

عن ملك المؤجر معنى لأنه لا يملك سكنها ولا بيعها ولا هبتها أبد النهر لأنه لنهاية لحملة الشهر وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما خيار بين الفسخ والمضى في رأس كل شهر ، وإن كانت الإجارة جارة في الشهر وفيها زاد على الشهر . قال : إلا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية إمكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر ، وإنما اختلفوا لأن رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك المضى وقت الخيار ، وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لأنه لم يضيء وقته . والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة : إما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضى المدة فسخت الإجارة فيتوقف هذا الفسخ إلى انقضاء الشهر ، وإذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لأنه لم يجد نفاذا في وقته ، والفسخ إذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف إلى وقت نفاذه ، وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي ، ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع : اشترى عبدا على أنه بالخيار فحمم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ ، بل يتوقف إلى أن تزول الحمى في مدة الخيار . وقال في المضاربة : رب المال إذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ الفسخ حينئذ ، كذا هاهنا ، أو يقول : الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فيفسخ العقد إذا أهل الهلال ، ويكون هذا فسحا مضافا إلى رأس الشهر وعقد الإجارة يصح مضافا ، فكذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذي يزيد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها ، وهذا القائل يقول : لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال ، وإنما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الأيمان : إذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في يومها لم يحنث استحسانا ، إلى هنا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع إجمال منه . أقول : لقائل أن يقول : الطريق الأول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الأئمة في وضع هذه المسئلة ، فإن محمدا رحمه الله قال في الأصل : ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر . والإمام قاضيهان قال في فتاواه : رجل آجر داره أو حانوته كل شهر يدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة عند تمام الشهر ، والمصنف قال هاهنا ، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة ولا يحق أن يقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الأول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك ، ودلالة ذلك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الأول قبل تمامه . وأقول : يمكن أن يقال نفاذ الفسخ وتأثيره في ذلك الطريقين أيضا عند أن ينقض الشهر الأول وأهل هلال الشهر الثاني وإن كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الأول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الأول ودخول رأس الشهر الثاني . هذا غاية ما يمكن في توجيه الطريقين المزبورين وإن كان ينبوعه ظاهر اللفظ . ثم إن الإمام الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة إن العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس من غير تكثير منكر ، إلا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز : ولا معنى لقول من قال من المشايخ إن العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس ، لأن التعامل إذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى . أقول : بل لا معنى لما قاله الزيلعي لأن التعامل إذا وقع من غير تكثير منكر فقد حل محل الإجماع ، وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ يجوز العقد في كل الشهر ، والإجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل هاهنا إنما هو كون جهالة المدة مفصلة للعقد وهو موجب القياس ، والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضته الدليل القطعي أصلا ، فضلا عن أن لا يعتبر القطعي في مقابلته ، على أنه قد قرر عندهم أن الجهالة المفسدة للعقد إنما هي الجهالة المفضية إلى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع ، وجهالة المدة فيما

وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على سواء فأشبهه الميّن ، بخلاف الصوم لأن الليالي ليست بمحل له (ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة) لأنها هي الأصل (وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف . وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الأول بالأيام والباقي بالأهلة ، لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة في الأول منها . وله أنه متى تم الأول بالأيام ابتداءً الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة ، ونظيره العدة وقد مرّ في الطلاق : قال (ويحوز أخذ أجرة الحمام والحجام) أما الحمام فللتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين . قال عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » وأما الحجام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام الأجرة « ولأنه استجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا » .

نحن فيه ليست بمفضية إلى النزاع ، إذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء) قال صاحب الغاية في تعليقه لذكر الشهور منكرها وتبعه الشارح المعين . أقول : ليس ذلك بسديد . أما أولا فلأن المذكور في المسئلة هو السنة دون الشهور . وأما ثانيا فلأن المذكور في مسئلة التلذد بالصوم أيضا منكره مع أن الجواب مختلف . والصواب في تعليل ذلك أن يقال : لأن كل الأوقات محل للإجارة ، إذ لا منافاة بين الإجارة وبين وقت من أصلا ، فإن هذا التعليل هو الفارق بين المستلذين وهو الموافق لمقول المصنف بخلاف الصوم لأن الليالي ليس بمحل له تبصر (قوله ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول : أي يبصر الهلال وقال : أراد به اليوم الأول ، وردّ عليه صاحب الغاية حيث قال : فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهلّ بقوله أراد به اليوم الأول ، وفيه نظر لأنه ليس حين يهلّ الهلال بل هو أول الليلة الأولى من الشهر ، انتهى كلامه . أقول : نظره ساقط ، لأن

بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة سواء) لذكر الشهر منكرها وفي مثله تعيين الزمان الذي يعتب السبب (كما في الإيمان) كما إذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال ، لأن الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعيينه بعدم المزاحم (بخلاف ما إذا قال الله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذي يعتقب نذره ما لم يعينه ، لأن الأوقات كلها ليست فيه على سواء (لأن الليالي ليست بمحل له) توضيحه أن الشروع في الصوم لا يكون إلا بحزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب (ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال) على بناء المفعول أي يبصر (فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها الأصل) في الشهور العربية ، فهمّا كان العمل به ممكنا لا يصار إلى غيره (وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف) ثلاثمائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف أن الأول بالأيام والباقي بالأهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالأيام يكمل ما بقي من الشهر الأول من الشهر الأخير (لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة في الأول منها) فلا يتعدى إلى غيره (ولا في حنيفة أن تمام الأول واجب ضرورة تسميته شهرا ، وتعامه إما يكون ببعض الثاني ، فإذا تم الأول بالأيام ابتداءً الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة ، ونظيره العدة وقد مرّ في الطلاق) قال صاحب النهاية : هذه حوالة غير راجحة ، فإن مثل هذا الاختلاف على أن الأشهر كلها عند أبي حنيفة رحمه الله بالأيام وعندهما الباقي بعد الأول والأخير بالأشهر لم يمرّ في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه ، لأن المصنف قال في كتاب الطلاق : ثم إن كان الطلاق بالأهلة في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان في وسطه فيالأيام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة ، وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسّط بالاهلة وهي مسئلة الإجازات . قال (ويحوز أخذ أجرة الحمام والحجام الخ) استجار الحجام والحجام وأخذ أجرتهما جائزا ، أما الحمام فلجريان العرف بذلك (قوله لذكر الشهر منكرها) أقول : فيه بحث ، فإن التلذد أيضا كذلك .

قال (ولا يجوز أخذ أجره عسب التيس) وهو أن يؤجر فحلا ليزو على الإنثاء لقوله عليه الصلاة والسلام «إن من السحت عسب التيس» والمراد أخذ الأجرة عليه . قال (ولا الاستتجار على الأذان والحج ، وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه) والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستتجار عليه عندنا . وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الأجبر لأنه استتجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام

صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله : أي يبصر الهلال ، فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعاً ، وليس مراده بقوله أراد به اليوم الأول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال ، إذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعاً ، بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه ، بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الأول من الشهر ، وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الأولى لم يرد محمد رحمه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه

والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لإجماع المسلمين . قال صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » وأما الحجام فلما روى «أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة» ولأنه استتجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزاً ، وإنما ذكرها في الإجارة الفاسدة مع كونه جائزاً لأن لبعض الناس فيه خلافاً ، فإن بعض العلماء كره غلة الحمام أخذاً بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم «الحمام شرب بيت» ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فذكره اتحاد الحمام للنساء لأنهن نهي عن البروز وأمرن بالقرار . وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبيع أجرة الحجام ، وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله . وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إن من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام» والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعاً للحاجة ، والحاجة في حق النساء أظهر لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ، ولا تمكن من ذلك في الأنهار والحياض تمكن الرجال ، وقد صح «أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة» . وتأويل ما روى من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة ، فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول ، ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت . والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه «فأناه رجل من الأنصار فقال : إن لي ناضحاً وحجماً فأعلف ناضحي من كسبه ؟ قال نعم ، وأناه آخر فقال : إن لي عيالا وحجماً فأطعم عيالي من كسبه ؟ قال نعم» فالرخصة بعد النبي دليل انتسخ الحرمة (ولا يجوز أخذ أجره عسب الفحل) أي ضرابه (وهو أن يؤجر فحلاً ليزو على الإنثاء) وخروج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجهاً ، وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو إليه فكان جائزاً كاستتجار النظر للإرضاع . قلنا هو مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم «إن من السحت عسب التيس» (رواه البخاري) ومراده أخذ الأجرة عليه ، ولا يجوز الاستتجار على الأذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه) إشارة إلى الاحتراز عما لو تعين الشخص للإمامة والإفتاء والتعليم فإنه لا يجوز استتجاره بالإجماع

(قال المصنف : وهو أن يؤجر فحلاً) أقول : كان المصنف يريد أن في الكلام مجازاً حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفحل كإطلاق المرسل وإزادة الأنتف (قوله ولا يجوز أخذ أجره عسب الفحل : أي ضرابه ، وهو أن يؤجر فحلاً ليزو على الإنثاء) أقول : قوله وهو أن يؤجر فحلاً الخ يدل على أن السبب بمعنى الإكراه على ما ذكره أرباب الفقه ، فلا وجه لتفسير الشارع بقوله : أي ضرابه ، ويجوز أن يقال : ظاهر إضافة الأجرة إلى السبب يقتضي أن يكون السبب بمعنى الضراب ، فقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام (قال المصنف : ومراده أخذ الأجرة عليه) أقول : أي المراد من عسب التيس : يعني أن المضاف مقدر . وفي الصحاح : السبب الكراهة التي يؤخذ على شراب الفحل . و«نهي عن عسب الفحل» تقول : سبب فعله يسمي : أي أكراهه ، وعسب الفحل أيضاً : ضرابه ، ويقال مأثوه

« اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به » وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عثمان بن أبي العاص « وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا » ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة ، ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما مما لا يقدر على تسليمه فلا يصح . وبعض مشايخنا استحسنا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ، ففي الامتناع تضییع حفظ القرآن وعليه الفتوى . قال (ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح ، وكذا سائر الملاهي) لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد . قال (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك ، وقالا : إجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤاجر نصيبا من داره أو نصيبه من

النظر المزبور أصلا (قوله ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول : ينتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال : ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه ، وبذلك تشهد الأخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فإنه عليه الصلاة والسلام قال فيه « حجى عن أبيك واعتصمى » فإن ذلك صريح في وقوع القربة عن غير العامل . قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل : ولأن القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره اهـ . أقول : يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن الأصل أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه ضحى بكيشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته بمن أقر بوحداية الله تعالى وشهد له بالبلاغ » فجعل ثواب تضحية إحدى الشاتين لأخته اهـ فليتأمل (قوله لأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما مما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول : فيه بحث ، لأنه إن أريد أن المعلم لا يستقل في التعليم بشيء أصلا فهو ممنوع ، فإن التلقين والإلقاء فعل المعلم وحده لا يمدخل فيه للمتعلم ، وإنما وظيفته الأخذ والفهم ، وإن أريد أن للمتعلم أيضا مدخلا في ظهور أثر التعليم وقائده فإن المتعلم مالم يأخذها الفهم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ، ولكن الذي يلتزمه المعلم إنما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ، ولا مانع من أخذ الأجرة على فعل نفسه كما لا يخفى . فإن قلت : التعليم والتعليم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار ما ذكر في بعض الكتب ، فيقول أخذ الأجرة على التعليم إلى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير . قلت : اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ، ولو سلم كثر التغيرات الاعتبارية لنا إذ لاشك في اختلاف التعلم والتعليم في كثير من الأحكام فيمكن في أخذ الأجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا : استحسنا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ، ففي الامتناع تضییع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول : فيما ذهب إليه هؤلاء المشايخ إشكال ، وهو أن مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث الماوين أن لا يمكن تحقق ماهية الإجارة وهي تملك المنافع بعوض

(وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ ورحمهم الله (استحسنا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم) يعني في زماننا ، وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى ، وعند عدم الاستئجار أو عند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ، ففي الامتناع تضییع حفظ القرآن) وقالوا : إنما كره المتقدمون ذلك لأنه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنيين عما لا بد لهم من أمر معاشهم ، وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك ، وقال أبو عبد الله الخزازي : يجوز في زماننا للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجرة ، ذكره في الذخيرة (ولا يجوز الاستئجار على سائر الملاهي) لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد فإنه لو استعصمت به لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا إلى التشريع وهو باطل . قال (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل (قوله لكان وجوبها يستحق المرء به عقابا) أقول : قوله عقابا مفعول يستحق .

دار مشتركة من غير الشريك . لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل ، والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتأجير . فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبى حنيفة أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز ، وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور ، والتخلية اعتبرت تسليماً لوقوعه تمكيناً وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكّن في المشاع ، بخلاف البيع لحصول التمكن فيه ، وأما التأجير فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك ، وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ، ولا يعتبر المراضى سابقاً ،

في الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة ، فكيف يصح استحسان الاستئجار في هاتيك الصور ، وصحة استحسانه فرع إمكان تحقق ماهية الإجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الإشكال القوي لعله مما تسكب فيه العبرات إلا أن لا يسلم صحة ذلك الدليلين (قوله وأما التأجير) فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك ، إلى قوله لا يعتبر المراضى سابقاً) هذا جواب عن قولهما أو بالتأجير . وحاصله أن التأجير من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متصف لانتهاء شرطه وهو القدرة على التسليم ، ولا يمكن إثباته بالتأجير لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً ، كذا في العناية . واعترض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية ، أما على ما في الهداية فإن قال فيه بحث فإنهما لا يقولان إن التأجير هو القدرة على التسليم ، بل يقولان يتحقق التسليم به ، فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التأجير ، وأما على ما في العناية فإن قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً وما نحن بصدده منه اهـ . أقول : كل واحد منهما ساقط . أما الأول فلأنه كلام خال عن التحصيل لأن ما ذكره هاهنا من قبل أبى حنيفة ليس بمعنى على أن يكون مدار ما قاله صاحبه على أن التأجير هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهما لا يقولان إن التأجير هو القدرة ، بل قالوا يتحقق التسليم به ، بل ذلك مبنّى على أن قولهما أو بالتأجير في قولهما والتسليم ممكن بالتخلية

نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبى حنيفة سواء كان التصيب معلوماً كالربع ونحوه أو مجهولاً (وقالا : يجوز لأن المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وما له منفعة يرد عليه عقد الإجارة لأنه عقد على المنافع فكان مقتضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم متنافاً لأنه ممكن بالتخلية أو بالتأجير ، فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبى حنيفة أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين : أحدهما أن يكون معارضة ، وتقريره أجر ما لا يقدر على تسليمه (لأن تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملاً للقسمه كالدار أو لا كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا تصح إجارته لعدم الانتفاع به ، والإجارة عقد على المنفعة فيكون دليلاً مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم . والثاني أن يكون ممانعة وتقريره لا تسلم انتفاء المانع فإنه أجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة . وقوله (والتخلية) جواب عما قالوا والتسليم ممكن بالتخلية . ووجهه أن التخلية لم تعتبر تسليماً لأنها حيث اعتبرت ، بل لكونها تمكيناً (وهو) أي التمكن هو (الفعل الذي يحصل به التمكن) فكأنها اعتبرت علة وهو وسيلة إلى التمكن (والتمكن في المشاع غير حاصل) فئات المعلول ، وإذا فات المعلول لا معتبر بالعلة (بخلاف البيع) فإن المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع المحش فكأن التمكن بالتخلية فيه حاصل . وقوله (وأما التأجير) جواب عن قولهما أو بالتأجير . وحاصله أن التأجير من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متصف لانتهاء شرطه وهو القدرة على التسليم ، ولا يمكن

(قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول : وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقريره أجر ما لا يقدر على تسليمه) أقول : يعني على تسليمه وحده (قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول : يعني وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول : أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقتضيه العقد فلا رده . (قوله وتقريره لا تسلم انتفاء المانع) أقول : فعل هذا يكون قوله وهذا لأن تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة في السند (قال المصنف : وأما التأجير فإنما يستحق حكماً للعقد . وبواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول : فيه بحث ، فإنهما لا يقولان إن التأجير هو القدرة على التسليم ، بل يقولان يتحقق التسليم به ، فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التأجير .

وبخلاف ما إذا أجز من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ ، والاختلاف في النسبة لا يضره ، على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه ، وبخلاف الشيوخ الطارئ لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء ، وبخلاف ما إذا أجز من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوخ بفرق الملك فيما بينهما طارئ ..

أو بالهايو يقتضى جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت الهايو فيرد عليه من قبله أن يقال بثبوت الهايو بل بثبوت القدرة على الهايو متأخر عن تحقق العقد لأنه إنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك ، والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتأخر ، وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المراعى سابقاً ولا غبار عليه أصلاً . وأما الثاني فلا أنه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتاً كما في الاستدلال من المؤثر ، ولكن ما نحن بصدد ليس منه لاحالة ، إذ لا شك عاقل في أن ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالهايو أن ثبوت العلم بإمكان التسليم بالتخلية أو بالهايو ، بل معناه أن ثبوت نفس إمكان التسليم : أى القدرة عليه بالتخلية أو بالهايو وما نحن بصدد جواب عن قولهما ذلك ، فكان المراد به أيضاً ما أريد به هناك (قوله وبخلاف الشيوخ الطارئ لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) قال صاحب العناية : ليس لقوله هذا تعلق ظاهر إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما أو من رجلين ، لكن في قوله وبخلاف ما إذا أجز من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اه كلامه . أقول : لا ينبغي على ذى فطرة سليمة أن مقصود المصنف من قوله هذا دفع إشكال يرد على دليل أى حنفية ، وهو أن الشيوخ الطارئ لا يفسد الإجارة بالإجماع مع انقضاء القدرة على التسليم هناك أيضاً ، ولا شك أن لهذا تعلقاً ظاهراً بما نحن فيه من غير احتياج إلى أن يجعل تمهيداً لما بعده (قوله وبخلاف ما إذا أجز من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوخ بفرق الملك فيما بينهما طارئ) قال تاج الشريعة : فإن قلت : الشيوخ

إثباته بالهايو لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتاً . وقوله وبخلاف ما إذا أجز من شريكه) جواب عن قولهما فصار كما إذا أجز من شريكه ، ووجهه أنه إذا أجز من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ) وفيه نظر ، لأنه لو لم يكن فيه شيوخ لجاز الهبة والوهن من الشريك لكنه لم يجوز . وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالتمنى شيوخ موصوف ، ويجوز أن يكون الشيوخ مانعاً لحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فإن القبض التام لا يحصل في الشائع ، كما تقدم أن الشريك والأجنبي فيه سواء ، ومنع جواز الرهن لتعذر المعقود عليه وهو الحبس الدائم لأنه في الشائع غير متصور ، والشريك والأجنبي فيه سواء . وأما هاهنا فلا ينعذر المعقود عليه وهو المنفعة ، وإنما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك . وقوله والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال : سلمنا أن الكل يحدث على ملكه ، لكن على اختلاف مع النسبة لأن الشريك ينضع بتصيبه بنسبة الملك وينصيب شريكه بالاستتجار فيكون الشيوخ موجوداً . ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر إذا انحصر المقصود ، على أننا تمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالحرن على هذه الرواية . وقوله وبخلاف الشيوخ الطارئ) بأن أجز رجل من رجلين ثم مات أحدهما فإنه تبقى الإجارة في نصيب الحي شامناً في ظاهر الرواية (لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) لأن القدرة لوجوب التسليم ، ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهر إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما أو من رجلين ، لكنه في قوله وبخلاف ما إذا أجز من رجلين عن ذلك تعرف بالتأمل . وقوله وبخلاف ما إذا أجز من رجلين) جواب عن ذلك ، ووجهه ما قال (إن التسليم يقع جملة ثم الشيوخ بفرق الملك فيما بينهما طارئ) فإن قيل : لا نسلم أنه طارئ بل هو مقارن لأنها تعقد ساعة فساعة . أجيب

(قوله لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتاً) أقول : يجوز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتاً ، وما نحن بصدد منه (قوله وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول : فيه تأمل (قوله لأنه في الشائع غير متصور الخ) أقول : فيه بحث (قوله ليس له تعلق ظاهر) أقول : غير لقوله وقوله وبخلاف الشيوخ الخ (قوله إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول : الظاهر أنه جواب لما عسى يستدل به الإمامان على منعهما بجواز الإجارة في صورة الشيوخ الطارئ

قال (ويحوز استئجار الظئر بأجرة معلومة)

مقارن لا طارئ فإنها عقد مضاف يقصد ساعة فساعة فكان الطارئ كالمقارن . قلت : بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجهه دون وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا له كلامه . ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال : فإن قيل : لانسلم أنه طارئ بل هو مقارن لأنها تنقصد ساعة فساعة . أجيب بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا . وقال : وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون لبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة ، على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض ، وإنما ألخصم بقوله لبقاء للعقد فيها . أقول : كل من أصل رده وعلاوته فاسد . أما الأول فلأن قول المجيب لأنها عقد لازم ناظر إلى قوله دون وجه ، أو إلى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع ، لا إلى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبني عليه رده كما ترى ، فعني الجواب أن لبقاء الإجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لأنها عقد لازم ، فإن العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجه ، فإذا لم يكن لبقاء الإجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن . والحاصل أن مدار الجواب للتزوير على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثاني دون الأول ، وصاحب العناية توهم العكس حتى طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجه ، ولم يدر أن الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق . وأما الثاني فلأن ثبوت بقاء لعقد الإجارة مما لم ينازع فيه أحد ، فإن الأصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في إضافة العقد إليها ، وأن العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستأجرة على السلامة ، وإنما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانقضاء في حق المقعود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا ، وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الإجارة منكشف بما ذكرناهنا في الكافي وكثير من الشروح ، وهو أن الشيوع الطارئ بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن أجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة ، لأن الإجارة يتجدد انقضاءها بحسب حدوث المنافع ، فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد . وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لأن تجدد الانقضاء في حق المقعود عليه . فأما أصل العقد فتعقد لازم في الحال ، وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن ، كما في الهبة إذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها ، انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح ، وهكذا ذكر في المبسوط والأسرار أيضا فتنبه (قوله ويحوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية : اعلم أن القياس يأبى جواز إجارة الظئر لأنها ترد على استهلاك

بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا ، وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون لبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة ، على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض ، وإنما ألخصم بقوله لبقاء للعقد فيها . والصواب أن يقال : الطريان إنما هو على التسليم لآل العقد وذلك بما لا يشك فيه . قال (ويحوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى : فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن - يعني بهد الطلاق ،

بأن يموت أحد المؤجرين بهد ما أجرا دارا لها من رجل مثلا وإن لم يكن حذو كورا في تفسير دليلهما في هذا الكتاب إلا أن له نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون لبقاء فيه حكم الابتداء) أقول : لعل مراد المجيب أن بقاء الإجارة له حكم الابتداء في جبل المقعود عليه الغير المستأجر ، وقوله لأنها عقد لازم يريد أن إقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكا في سائر العقود ، وقوله من وجه يؤي إلى ما ذكرنا أيضا فتنبه فلا يرد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم في الوكالة) أقول : في باب عزل الوكيل (قوله وإنما ألخصم بقوله لبقاء للعقد فيها) أقول : لاسمير لكلام ألخصم بهد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان إنما هو على التسليم لآل العقد) أقول : يوضح أنه إذا عقد الإجارة مع الرجلين فمات أحدهما بهد العقد قبل التسليم فنفس الإجارة في حق الحي وإن كان ذلك حال بقاء المقعود (قوله يعني بهد الطلاق) أقول : يعني بهد الطلاق البائن ، إذ لا يجوز بهد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة .

لقوله تعالى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولأن التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبلة وأقرهم عليه . ثم قيل : إن العقد يقع على المنافع وهي خلعها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبيغ في الثوب . وقيل إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لاستحق الأجر .

العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرّب لبناً ، لكن "جوز"ناها استحساناً لقوله تعالى - فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن - وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا ، وإنما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي ، واللبن يدخل فيها تبعاً لهذه الأشياء ومثل هذا جائز ، كما لو استأجر صباغاً ليصبغ له الثوب فلأنها جائزة . وطريق الجواز أن يعمل العقد وارداً على فعل الصباغ والصبيغ يدخل فيه تبعاً ، فلم تكن الإجارة واردة على استهلاك العين مقصودا ، وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لأن هناك عقد الإجارة يرد على استهلاك العين مقصودا ، كذا في الذخيرة إلى هنا لفظ النهاية . أقول : هذا تحرير ركبك بل غثل ، لأن المشايخ قد كانوا مختلفين في أن العقود عليه في استئجار الظئر ما إذا ؟ فقال بعضهم هو المنافع وهي خلعها للصبي ، واللبن يقع كالصبيغ في الثوب . وقال بعضهم : واللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك ، ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ، ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الأول ، فهل ينبغي أن يقال في المسئلة المتفق عليها إن القياس يأتي جوازها لكن يجوزناها استحساناً ، فيذكر في وجه القياس ما يختص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة ، وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها . ولا ينبغي أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس ، ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان ، فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور ، على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انقضاء ذلك القياس رأساً لترك العمل به بعد تقريره كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تقف (قوله لقوله تعالى - فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن -) قال الشراح : يعني بعد الطلاق . أقول : الأولى أن يقال : يعني بعد الطلاق والعدة لوافق ما مر في الكتاب في باب الفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز انتهى . وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية : يعني بعد الطلاق البائن وقال : إذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى . أقول : ليس ذلك بنام ، لأنه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضاً قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر ، وعن هذا قال المصنف هناك : وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة ،

ولأن التعامل به كان جارياً في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبلة وأقرهم عليه . واختلف العلماء في العقود عليه ، فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به ، واللبن تباع كالصبيغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والإيضاح والمصنف . وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة المرحوم حيث قال في البسوط : والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود ، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تباع والمعتد عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به ، واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله : ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لاستحق الأجر ، وبين ما هو المختار عنده بقوله : والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينقذ على إتلاف الأعيان مقصودا ، كن استأجر بقرة ليشرّب لبناً ووعد ببيان العر عن الإرضاع بلبن شاة . وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه شمس الأئمة بعد رؤيته الدليل الواضح ، وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح ، لأن مداره قوله لأنه هو المقصود وهو بمنزلة ، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائل منها اللبن ، فجعل العين المرتبة منفعة .

(قوله وهو تقليد صرف) أقول : يعني لشمس الأئمة (قوله فجعل اللبن المرتبة) أقول : قوله فجعل حبثاً وغيره يعني يمد سطين وهو

والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصودا، كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها . وسندين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى :

وكذا في الميتة في رواية انتهى فتدبر (قوله والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصودا الخ) القول الأول اختيار صاحبي الذخيرة والإيضاح ، واختاره المصنف كاترى . والقول الثاني اختيار خمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط : وزعم بعض المتأخرين أن المفقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه ، وأما اللبن فتبع فيه لأن اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الإجارة كلبن الأنعام . ثم قال : والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به ، هكذا ذكره ابن سبابة عن محمد رحمه الله فإنه قال : استحقاق لبن الأدمية بعد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة انتهى كلامه . وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه الإمام الكبير خمس الأئمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوبة عن محمد رحمه الله . ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال : وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح ، لأن مداره قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع ، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمره ومسائل منها اللبن فجعل العين المربية منفعة . ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ، ولا يتشبه له بما روى ابن سبابة عن محمد رحمه الله أنه قال : استحقاق لبن الأدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية ، ولئن كان فنحن مامنعنا أن يستحق بعقد الإجارة ، وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا ، وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك ، إلى هنا كلامه . أقول : خاتمة كلامه ليست بصحيحة ، إذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة ، لأنه قال استحقاق لبن الأدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، ولا شك أنه لا دلالة على عدم جواز بيعه إلا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا ، ألا يرى أن الصبي في الثوب يستحق بعقد الإجارة تبعا مع أنه مما يجوز بيعه قطعا . ثم إن للشارح المعنى هاهنا كلمات كثيرة مزخرفة ذكرها تقوية لما ذهب إليه خمس الأئمة السرخسي وردا على صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية ، فإن ذكرنا كلها وبيننا حالها الزمنا الإطباب بلا طائل ، ولكن لا علينا أن نذكر نبذا من أولها وآخرها ، قال بعد نقل ما في النهاية والعناية : قلت قول خمس الأئمة هو الأقرب إلى الفقه لأن الأعيان التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز إجارتها كالعارية لمن ينفع بالمتاع ثم يردده ، والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها ، والمنفعة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها . ثم قال في آخر كلامه : وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سبابة عن محمد رحمه الله إنه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي ، وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه . أقول : كل ما قاله في الأول والآخر فاسد . أما ما قاله في الأول فلأن معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم

ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ، ولا يتشبه له بما روى ابن سبابة عن محمد أنه قال : استحقاق لبن الأدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية ، ولئن كان فنحن مامنعنا أن يستحق بعقد الإجارة ، وإنما الكلام

قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول : إذا جمل اللبن منفعة لا تنقض القاعدة الكلية إلا أن يقال : المراد من المنافع حقيقة ولكن الخمس من وراء المنع (قوله ولا يتشبه له) أقول : ناظر إلى قوله إن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع (قوله دليل على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول : لأنه دليل على كونه من المنافع ، والبيع يرد على الأعيان دون المنافع (قوله أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة) أقول : لأن الأعيان لا تستحق به ، بل الغنى يستحق به إنما هو المنافع (قوله لأنه ليس بظاهر الرواية) أقول : ناظر لقوله ولا يتشبه له

وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستتجار على الخدمة . قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : لا يجوز) لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ . وله أن الجهالة لا تنفي إلى المنازعة لأن في العادة التوسعة على الأظفار شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة ، بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تنفي إلى المنازعة (وفي الجامع الصغير : فإن سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالإجماع .

بقاء الأعراض زمانين عند المتكلمين ، ولا شك أن هذا المعنى ليس بمتحقق في الأعيان فكيف تكون الأعيان بمنزلة المنافع ، ولو سلم ذلك لم يميز إجارة الأعيان قطعا ، إذ حقيقة الإجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الأعيان ، فإن تمليك الأعيان بعوض هو البيع لا غير ، وهذا أمر مقرر عند الفقهاء قاطبة ، وما ذكره من التنظيرات أو التشبيهات مما لا يجدي شيئا . أما صورة العارية فلأن العين هناك باقية على حاله ، وإنما الانزعاع بالمنافع فلا مساس لما لنا نحن فيه . وأما الصورتان الأخريان فلأن المعنى فيها وإن كان تمليكا للعين لكن لا بطريق الإجارة بل بطريق المحبة والعطف فلا فائدة لما فيها نحن فيه ، إذ الكلام في أن عقد الإجارة لا يرد على الأعيان لا أن شيئا من الموقوف لا يرد عليهما . وأما ما قاله في الآخر فلأن المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزوائد والمبسوط ، والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها ، وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكور في مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الإقرار ، ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا هاهنا بقوله إن ما روى ابن سباعة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الأربعة لمحمد رحمه الله التي هي رواية المعتز بها جدا ، وكون ابن سباعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدر في ذلك قطعا ، وما التشبه فيه إلا من الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت يده (قوله وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستتجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا : يعني من جواز الإجارة بأحد الطريقين . أقول : فيه نظر ، إذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يميم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستتجار على الخدمة لأن الاعتبار بالاستتجار على الخدمة : أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني ، فإن العقد في الاستتجار على الخدمة يقع على إتلاف المنفعة مقصودا لإعالة ، وفي استتجار الظئر يقع على إتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار أحدهما بالآخر . فالحق أن مراده بقوله ما ذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الأول على الطريق الثاني ، وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في إثبات هذه المسئلة ، وأخر ذكر القياس إلى هنا ، فإن إثباتها بالكتاب والسنة متمشٍ على كلا الطريقين فناسبة ذكرهما متصلا بأصل المسئلة . وأما إثباتها بالقياس فمختص بالطريق الأول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين

في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك (قوله وإذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الإجارة بأحد الطريقين (صححت إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا باستتجار عبد للخدمة مثلا) فإن قيل : قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فافائدة هذا الكلام ؟ قلت : أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجعت إلى إثباتها بالقياس ، ويجوز أن يكون توطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الإجازات ويطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبي حنيفة) لأن العادة الجارية بالتوسعة على الأظفار شفقة على الأولاد ترفع الجهالة ، بخلاف ما قاله من غير هاهنا الإجازات كالخبز والطبخ وغير ذلك فإن الجهالة فيها تنفي إلى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباختوخ كسوتها

(قوله وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك) أقول : بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه بما لا يدل على عدم جواز بيعه كما في الصبح (قوله قوله وإذا ثبت ما ذكرنا : يعني من جواز الإجارة بأحد الطريقين (الخ) أقول : ولعل مراد المصنف هو الإشارة إلى ما صححه واختاره من الطريق الأول كما يفهم من المقيس عليه فليتأمل (قوله ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول : يأتي عن ذلك قوله اعتبارا بالاستتجار على الخدمة فليتأمل (قال المصنف : وفي الجامع الصغير : فإن سمي الطعام دراهم)

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه ، وهذا لاجتهال فيه (ولوسمى الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا .

وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس ، فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله : فإن قيل : قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام ؟ قلت : أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع إلى إثباتها بالقياس ، انتهى تدبير تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية : وهذا التفسير الذى ذكره لاستفاد من ذلك اللفظ ، ولكن يحتمل أن يكون معناه : أى سمي الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام يلزاه الدراهم المسماة انتهى . أقول : ليت شرعى كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه فى المعنى الذى ذكره المصنف بأنه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقوله هذا المعنى ، فإن هذا المعنى إن لم يكن أكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا أقل من المساواة ، لأنه إذا صير إلى حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه فى ذلك اللفظ : أى لفظ الجامع الصغير بأن كان تقديره إن سمي بدل الطعام دراهم كما حله عليه الإمام الزيلعى جاز أن يفهم منه أول المعنى الذى ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الأجرة دراهم ، ولكن لا يفهم منه أصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الإمام الزيلعى حيث قال : لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاما ، وإنما يفهم منه أنه سمي بدل الطعام دراهم لا غير انتهى . وأما المعنى الذى ذكره صاحب النهاية فله اشتراك فى الآخر مع المعنى الذى ذكره المصنف ، وفى أوله تفصيل زائد على ما فى أول المعنى الذى ذكره المصنف ، فإن فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر فى لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين فى انفعال البعض الأول منهما من ذلك اللفظ وعدم انفعال البعض الآخر منهما منه ، وإلا كان المعنى الذى ذكره صاحب النهاية أكثر بعدا عن ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف ، فلا وجه لرد الثاني وقبول الأول . وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية : وهو حق ، ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الأجرة دراهم بدلا لآل إلى ذلك انتهى . أقول : لا ينبغي على من له دربة بأساليب الكلام أن تقدير بدلا بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعولها ريك من حيث الإعراب ، والمعنى : فليكن بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه . وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال : يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض : أى للطعام ، أو المراد بالتسمية هو التعيين : أى عين الطعام بدراهم وتعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلى تأمل انتهى كلامه . أقول : كلا التوجيهين مجروح . أما الأول فلأنه قد تقرر فى علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن إنما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنبا : أى من ذنب وبغاه الخير : أى بغيره له ، وأما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يترك حذف الجار من إياك من الأسد إذ لم يسمع ، وعن هذا قال ابن الحاجب : ولا تقل إياك الأسد لامتناع تقدير من انتهى ، وفيما نحن فيه أيضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض : أى حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من النحاة

وذكر رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله نجما عليه بمعرفة الجنس والأجل والمقدار ، وفسر قوله فإن سمي الطعام دراهم (بأن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أى مكان المسمى من الدراهم . قال صاحب النهاية : وهذا التفسير الذى ذكره لاستفاد من ذلك اللفظ ، ولكن يحتمل أن يكون معناه : أى سمي الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ، ثم أعطى الطعام يلزاه الدراهم المسماة وهو حق ، ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الأجرة دراهم بدلا لآل إلى ذلك (وهذا) أى يجعل الأجرة على هذا الوجه (لاجتهال فيه ، وكلنا لو سمي الطعام وبين قبره

أقول : يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض : أى للطعام ، أو المراد بالتسمية هو التعيين : أى عين الطعام بدراهم وتعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلى فتأمل (قال المصنف : ثم يدفع الطعام مكانه) أقول : هذا لا يفهم من عبارة الجامع ، وإنما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لا غير تأمل (قوله ولكن يحتمل أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها الخ) أقول : بأن يكون المضاف مقدرا فى كلام الجامع : أى سمي بدل الطعام ، وهكذا ذكر الزيلعى ، إلا أن التفسير لابد له من قرينة ، فتأمل هل هنا ما يصلح أن يكون قرينة بذلك ؟ .

ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان (ويشترط بيان مكان الإيفاء) عند أبي حنيفة خلافا لهما . وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لأنه إنما يصير ديننا في الذمة إذا صار مبيعا وإنما يصير مبيعا عند الأجل كما في السلم . قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ، ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه ، إلا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لأن المنزل حقه (فإن حبلت كان لم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها) لأن لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لم يفسخ إذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لأن العمل عليها . والحاصل أنه يعتبر فيما لانص عليه العرف في مثل هذا الباب ، فما جرى به العرف من غسل الثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظن أما الطعام فعلى والد الولد . وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظن فذلك من عادة أهل الكوفة (وإن أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها) لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع . فإن هذا إيجار وليس بإرضاع ، وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه يختلف العمل .

لهذا التوجيه مع ظهوره جدا . وأما الثاني فلأنه إذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته إلى دراهم نفسه باعتبار معناه الأصلي ، وإلا يلزم الجمع بين معني التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين أو حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر ، إذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الأصول (قوله ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان) قال كثير من ثقات الشراح في شرح قوله أوصافها : أي أوصاف الطعام على تأويل الحنطه اه . أقول : فيه نظر . إذ لا شك أن المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها ، فكيف يتم تأويل ذلك بالخاص في مقام الاستدلال على العام . والحق عندي أن مرجع الضمير هو الطعام بتأويل كونه أجرة في مسئلتنا هذه ، فالغنى أن هذه الأجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تأجيلها ، بخلاف الكسوة كما سنذكر . والعجب أن صاحب العناية بعد أن قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله : أي تأجيله الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالحنطة وقد عرفت حاله (قوله فإن هذا إيجار وليس بإرضاع) في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط القم : أي يصب ، تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اه . أقول : لعلنا أن يقول : إذا كان هذا إيجارا لا إرضاعا فلا معنى لأن

ولا يشترط تأجيله أي تأجيل الطعام المسمى أجرة (لأن أوصافها أي أوصاف الطعام بتأويل الحنطة) أثمان أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة إذا كان ديننا ، والأثمان لا يشترط تأجيلها ، بخلاف ما إذا كان مسلما فيه لأنه في السلم مبيع وإن كان ديننا فاشترط تأجيله بالسعر ويشترط بيان مكان الإيفاء (إذا كان له حمل وموئته) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقدم في البيوع (والباقي ظاهر . قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به : أي بعقد الإجارة صيانة لحقه ، ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما إذا كان الزوج من يشينه ظويرة زوجته أولا ، وهو الأصح لأنها إن كانت ترضعه في بيت أبويه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وإن كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من إدخال صبي الغير في منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لأن المنزل حقه ، فإن حبلت كان لم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها . لأن لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تنسخ به الإجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي) لأن العمل) يعنى العمل الراجع إلى منفعة الصبي (على الظن) والباقي ظاهر . وقوله (وإن أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها ، لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع ، فإن هذا إيجار وليس بإرضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فإنه إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل) لا لانتهاء اللبن ، ولهذا لو أوجر الصبي بآبن الظن في المدة لم تستحق الأجرة ، فلم بهذا أن المعقود عليه هو الإرضاع والعمل دون اللبن وهو اللين . وقوله (أنه يختلف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى . وفي بعض النسخ : وهو أنه ، وفي بعضها : لأنه . فإن قيل : الظن أجبر خاص أو مشترك

قال (ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله ، وكذا إذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالإجارة فاسدة) لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه ، وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه .

يقول في الكتاب في وضع هذه المسئلة : وإن أَرْضَعته في المدة بِلن شاء ، بل الظاهر أن يقول : وإن أَوْجَرته بدل وإن أَرْضَعته ، اللهم إلا أن يحمل على المشاكلة بملازمة مسألة استئجار الظئر التي وظيفتها الإرضاع تأمل . فإن قيل : الظئر أجبر خاص أو أجبر مشترك ؟ أجيب بأنها أجبر خاص على ما دل عليه لفظ الميسوط ، فإنه قال فيه : ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لأنها بمنزلة الأجير الخاص ، فإن العقد ورد على منافعتها في المدة ؛ ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والأجير الخاص أمين فيها في يده اه . ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وأن تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة ، فإنه قال فيها : وإن أجزت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ، ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإجارة فأرضعت كل واحد منهما وقرغت أثمت ، وهذه جنابة منها ولها الأجر كاملا على الفريقين اه . وجه الدلالة على احتمالها أنها لو كانت أجبر وحده من كل وجه لم تستحق الأجر كاملا وأثمت بما صنعته ، ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الأجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهما ، فقلنا بأنها لا تستحق الأجر كاملا لشبهها بالأجير المشترك ، وبأنها تأثم لشبهها بأجير الوحد . هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية هاهنا وافق أثره صاحب العناية ، غير أنه اعترض على دلالة لفظ الميسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال : وفيه نظر ، لأنه قال : لأنها بمنزلة الأجير الخاص لا عينه انتهى . أقول : نظره ساقط ، فإن المراد بدلالة لفظ الميسوط عليه دلالة قوله فإن العقد ورد على منافعتها في المدة ، وتوثيره بقوله ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل ، فإن كلا منهما يدل قطعاً على أنها أجبر خاص ، لأن ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستأجر من خواص الأجير الخاص .

أجيب بأنها أجبر خاص على ما يدل عليه لفظ الميسوط . قال فيه : ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم تضمن الظئر لأنه بمنزلة الأجير الخاص ، فإن العقد ورد على منافعتها في المدة ؛ ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل ، والأجير الخاص أمين فيها في يده ، وفيه نظر لأنه قال لأنه بمنزلة الأجير الخاص لا عينه . وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشتركا ، فإنها لو أجزت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل واحد منهما وقرغت أثمت ، وهذه جنابة منها ولها الأجر كاملا على الفريقين ، وهذا يدل على أنها تحتملها ، فقلنا بأنها تستحق الأجر منها كلا تشبيها بالأجير المشترك ، وتأثم بما فعلت نظرا إلى الأجير الخاص . قال (ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه الخ) ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالإجارة فاسدة ، وكذلك إذا استأجر حمارا يحمل طعاما له بقفيز منه لأنه في معنى قفيز الطحان في جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله ، وقد نهى النبي

(قوله أجيب بأنها أجبر خاص الخ) أقول : ولعل الأول في الجواب هو أن يقال : إن قلم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترعى ولدي هذا يكون خاصا ، وإن قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظر لأنه قال بمنزلة الأجير الخاص) أقول : لعل مراد المحييط من دلالة لفظ الميسوط دلالة قوله فإن العقد قد ورد على منافعتها الخ . وقوله والأجير الخاص أمين فليتأمل (قوله وهذا يدل على أنها ، إلى قوله : وتأثم بما فعلت نظرا إلى الأجير الخاص) أقول : وفي الفصل الثامن والعشرين من إجازات المحييط للبرهاني : وليس الراعي إذا كان خاصا أن يعر غنم غيره بأجر ، فلو أنه أجر نفسه من غيره لعمل الراعي ومضى على ذلك شهر ولم يعلم الأول به فله الأجر كالأجر على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء إلا أنه يأثم انتهى . وفي البرازية : ليس للرعاة أن يعر غنم غيره ، فإن رعى يجب الأجر كاملا ويأثم ، ولهذا قالوا : الخاص لا يدل أن يواجر نفسه من آخر في مدها ، ولو أجر من آخر فيها له الأجرة الثانية أيضا ويلبب له الأجر ولا يتصدق به وإن كانت منافع يده مشغولة بحق الغير انتهى . إذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الفارح (قوله وكذلك إذا استأجر حمارا يحمل طعاما) أقول : من قبيل الخلف والإيصال .

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجازات ، لا سيما في ديارنا ، والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول ، إذ حصوله بفعل الأجير فلا يعدّ هو قادرا بقدرة غيره ،

وأما قوله بمنزلة الأجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الأجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لأحد ، وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الأجير الخاص . ثم إن بعض الفضلاء قال : ولعل الأولى في الجواب أن يقال : إن قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضى ولدى هذا تكون خاصا ، وإن قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي اه . أقول : ليس ذلك الجواب بنام إذ يرد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيرا خاصا على الثبات فيها إذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحق الأجر كاملا إذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضى صبيانهم مع أنها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما قلناه عن الذخيرة ، وذكر في سائر المعبرات أيضا . وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاقها الأجر كاملا على الفريقين : وهذا لا يشكل إذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضى ولدى هذا سنة بكذا ، لأن الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لأن الأب أوقع العقد أولا على العمل ، إنما يشكل فيها إذا قال لما استأجرتك سنة لترضى ولدى هذا بكذا لأنها أجير وحدي في هذه الصورة لأنه أوقع العقد على المدة أولا ، وليس لأجير الواحد أن يؤثر نفسه من آخر ، وإذا أجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم . والوجه في ذلك أن أجير الواحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث أنه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الحياض والقصار ، ثم لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الأجر كاملا على الأول وتأثم بما صنعته ، ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الأجر كاملا ولم تأثم فإذا كانت بينهما قلنا بأنها تستحق الأجر كاملا لشبهها بالأجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالأجير الواحد . فقد ظهر أن مجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يثبت كون الظئر أجير وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشئيين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجازات لا سيما في ديارنا) قال صاحب العناية : فإن قيل : إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس ؟ قلنا : لا ، لأنه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ، ومثله لا يترك بالعرف اه . وقال بعض الفضلاء : سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه . أقول : ما سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية هاهنا ، فإن المصنف بعد أن بين في أوائل كتاب المزارعة أن المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائرة عند صاحبيه وذكر الدليل من الحائنين قال إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها ، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اه . ولا يقتضي

صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها ، وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجازات . فإن قيل : إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس ؟ قلنا : لا ، لأنه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ، ومثله لا يترك بالعرف . فإن قيل : لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب بحرمان عرفهم بذلك . قلت : الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعني المعنى الفقهي لا عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لأن حصوله بفعل غيره والشخص لا يعدّ قادرا بقدرة غيره) وإذا ثبت فساد العقد كان للحائلك أجر مثله لأن صاحب

(قوله لا لأنه في معناه من كل وجه) أقول : في تقرير الجواب نوع مساهة ، والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس ، إلا أن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس ، بل بدلالة النص وهي لا يترك به (قوله ومثله لا يترك بالعرف) أقول : سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح ، حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان ، وقال : يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه (قوله فإن قيل : لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب بحرمان عرفهم بذلك) أقول : إلحاق بعض

وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركاً بينهما ، ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر ،

ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان ، بل إنما يقتضى أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه : أى من حيث أنها استئجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها ، وفي معنى المضاربة من وجه : أى من حيث أنها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الإمامين على جوازها ، بخلاف ما نحن فيه فإنه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لأنه استئجار محض ليس فيه شائبة المضاربة ، فلهذا قيل : إنه ثابت بدلالة النص دون القياس . ولئن سلم مخالفة ماسيجي من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية هاهنا فلا ضير فيها ، لأن فيما نحن فيه قولين : أحدهما أنه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو غنتر شمس الأئمة السرخسي . وثانيهما أنه من حيث القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو غنتر شمس الأئمة الحلواني وأستاذة القاضي الإمام أبي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضاً ، فما ذكره صاحب العناية هاهنا على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي قطعاً وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلواني وأستاذة ، فإذا كان مدار المخالفة بين الكلّامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل الخ) قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور : هكذا قالوا ، وفيه إشكالان : أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عيناً أو ديناً على ما بيناه من قبل ، فكيف ملك هاهنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل . والثاني أنه قال ملكه في الحال ، وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملك إذا بطريق الأجرة فإذا لم يستحق شيئاً فكيف يملكه وبأي سبب يملكه كلامه . أقول : كل من إشكاليه ساقط . أما الأول فلأنه لا ريب أن وضع المسئلة فيها إذا سلم إلى الأجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل ، إذ تعجيل الأجر إنما يكون بتسليمه إلى الأجير في الحال ، وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من التفات ، منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالوا : إن هاهنا مستثنيين : أحدهما ما إذا استأجر رجلاً ليحمل له كراً حنطة إلى بغداد مثلاً بنصفه كانت الإجارة فاسدة ، وللأجير أجر مثله إن كان بلغ إلى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكراً . والثانية أن يستأجره ليحمل له نصفه إلى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع إليه كله ولا أجر له هاهنا . والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل إجازات الجامع

الثوب استوفى منفعة بعقد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لأن المستأجر ملك الأجير) الأجرة (في الحال بالتعجيل) لأن تسليم الأجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الأجرة (فصار) حاملاً طعاماً مشتركاً . ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر

المحمول بقفيز الطحان بالدلالة على التأمل ، وكيف القفيز بعد الطحن شيء آخر حتى يملكه الناصب ، ولا كذلك الحمل في المحمول (قال المصنف : وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال) أقول : قال العلامة الزيلعي : فيه إشكالان : أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عيناً أو ديناً على ما بيناه من قبل ، فكيف ملكه هاهنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل . والثاني أنه قال ملكه في الحال . وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملك إذا بطريق الأجرة ، فإذا لم يستحق شيئاً فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى . لعل مراده من ذلك لأن وجوده يؤدي إلى عسره ، وما هو كذلك يطل ، فقوله ملك الأجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير ، والظاهر أن وضع المسئلة فيها إذا سلم إلى الأجير كل الطعام واثبت له الفضل والإمام ، فيكون بتقدير الكلام : لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل ، والثبات باطل إذ حينئذ يكون مشتركاً بينهما فيفرض إلى علم وجوب الأجر ، وكل لازم يؤدي فرض وجوده إلى انتفاء ملزومه يكون باطلاً ، فكذا هذا فليأمل (قال المصنف : ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر ،

لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم العقود عليه . قال (ولا يجاوز بالأجر قفيزاً) لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي ومن أجر المثل لأنه رضى بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد ، لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط . قال (ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة الخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد ، وهذا عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد في الإجازات : (هو جائز) لأنه يجعل العقود عليه عملاً ويجعل ذكر الوقت للاستعمال تصحيحاً للعقد فترفع الجهالة . وله أن العقود عليه مجهول ،

الكبير اه . وأما الثاني فلأن المتافاة بين قولهم ملك الأجير في الحال وبين قولهم لا يستحق الأجر ولا يجب الأجر ممنوعة ، إذ معنى الأول أنه يملك الأجير ابتداء بموجب العقد وتسليم الأجر إلى الأجير بالتعجيل ، ومعنى الثاني أنه لا يستحق الأجر لبطلان العقد قبل العمل بعد أن ملك الأجير بالتسليم بسبب أن صار شريكاً في الطعام قبل إبقاء شيء من العقود عليه ، ولا يذهب عليك أنه لاتفاق بين هذين المعنيين ، بل الأول منهما يؤدي إلى الثاني ، ويدل على هذا التوفيق قطعاً ما ذكره صاحب النهاية في تحليل هذه المسئلة فقلنا عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الإسلام الحميدي حيث قال : وأما في المسئلة الثانية وهي ما إذا استأجره ليحمل نصفه إلى بغداد بنصفه الباقي ودفع إليه فإنما سلمه إليه على سبيل التملك لنصف الكر من قبل أن البدل نصف كر مطلق لأنصف كر محمول إلى بغداد فصار يتسلم الكر إليه معجلاً للأجرة فلذلك بنفس القبض . وإذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لأنه صار شريكاً في الكر قبل إبقاء شيء من العقود عليه . وما قبل التسليم في الإجارة بمنزلة ابتداء العقد ، فلو ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الإجارة فكذلك هاهنا ، وإذا بطلت الإجارة لم يجب الأجر ، كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الإسلام الحميدي ، إلى هنا لفظ النهاية . وهذا ظهر أنه لا حاجة في دفع الإشكال الثاني من ذينك الإشكاليين إلى ما تصف فيه بعض الفضلاء حيث قال : لعل مرادهم نفي الملك لأن وجوده يؤدي إلى عدمه ، وما هو كذلك يبطل ، فقوله ملك الأجير في الحال كلام ورد على سبيل القرض والتقدير فيكون تقدير الكلام : لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل ، والثاني باطل إذ حينئذ يكون مشتركاً بينهما فيفضي إلى عدم وجوب الأجر ، وكل لازم يؤدي فرض وجوده إلى انتفاء ملزومه يكون باطلاً فكذا هذا اه كلامه . (قوله لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه) قال بعض الفضلاء . فيه بحث ، فإنه في كل جزء عامل لغيره أيضاً

لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم العقود عليه) وقوله بالنصف الآخر تأويل إلى مسئلة أخرى ، وهو ما إذا قال أحل هذا الكر إلى بغداد بنصفه فإنه لا يكون شريكاً ولكن تصد الإجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ، ويجب أجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر . وقوله (ولا يجاوز بالأجر قفيزاً) متصل بقوله وكذا إذا استأجر حماراً ليحمل طعاماً بقفيز منه (لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل من المسمى ومن أجر المثل لأنه رضى بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد ، لأن المسمى) وهو نصف الحطب (هناك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك لأنه رضى بنصف المسمى حيث اشترك . وهذا إذا احتطب أحدهما وجمع الآخر ، وأما إذا احتطبا جميعاً وجمعاً جميعاً فهما شريكان على السواء . قال (ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة الخاتيم الخ) الخاتيم جمع غنوم وهو الصاع مسمى به لأنه يتم أعلاه كمن لا يزداد أو ينقص ، وإضافة العشرة إلى الخاتيم من باب الخمسة الأبواب على منذهب الكوفيين ، واليوم منصوب على الظرفية ، ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة الخاتيم

لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه في كل جزء عامل لغيره أيضاً فلا معنى لخصر . وإثبات المطلوب لا يتوقف عليه إلا أن يحمل على المبالغة في التنبيه ، أي هو كمال نفسه ، وسيجيء من المثارح أكل الدين جواب هذا البحث فراجع . وأما في (قال المصنف : ولا يجاوز بالأجر قفيزاً) أقول : قال في النهاية : نصب قفيزاً على قول من يجوز إسناد الفعل إلى الجار والمجرور مع وجود

لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ، ونفع المستأجر في الثاني ونفع الأجير في الأول فيفضى إلى المنازعة . وعن أبي حنيفة أنه يصح الإجارة إذا قال في اليوم ، وقد سمي عملا لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل ، بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق . قال

فلا معنى للحصر ، وإثبات المطلوب لا يتوقف عليه إلا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه اه . أقول : هذا البحث غير متمشٍ رأسا ، لأنه إنما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه إلا وهو عامل لنفسه فقط ، أما إذا كان معناه إلا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه ، فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر إذ لم يتعين الحصر فيه . فالوجه في تمشية البحث هاهنا توسيع الدائرة ، بأن يقال : إن كان المراد أنه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع ، وإن كان المراد أنه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقيقه الأجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقيقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب ، وسيأتي تمتة هذا الكلام فيما بعد إن شاء الله تعالى (قوله لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها ، وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول : لقائل أن يقول : لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة

اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة ، وقالا : هو جائز ذكره في إجازات المبسوط لأنه يجعل المعقود عليه العمل حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر كاملا ، وإن لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لأن المعقود عليه هو العمل ، وإذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال للتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أسرع الأوقات ، والحمل على هذا لما لا بد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد . ولأبي حنيفة أن المعقود عليه مجهول لردده بين أمرين كل منهما صالح لذلك ، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها ، وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، والجهالة المفضية إلى النزاع تقصد العقد ، وهذه كذلك لأن نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الأجر عليه إلا بتسليم العمل ، ونفع الأجير في الأول لاستحقاقه بتسليم نفسه وإن لم يعمل ، فإن مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب الأجير أجره نظرا إلى الأول وينمى المستأجر نظرا إلى الثاني فأفضى إلى النزاع ، وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكيم لتفاوت الأغراض ، فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة معلومة ، وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدا فلك نصف درهم ، فإن أبا حنيفة أجاز الشرط الأول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما إذا استأجر رجلا ليخبر له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم فإن الإجارة فيها جائزة بالإجماع . والفرق بينها وبين الأولى أن دليل المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل ، وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار إلى المجاز ، وكذلك بينها وبين الثانية ، فإن كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرفت في موضعنا بحيث يجعله شرطا دل على أن مراده التعجيل ، ويؤيده ما روى عن أبي حنيفة وهو المذكور في الكتاب أنه إذا قال في اليوم صححت الإجارة

المفعول بدون الجار ، وهو ضعيف انتهى . وفي شرح الرضى أن ذلك منطب على الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعهم (قال المصنف : وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول : لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسئلة الرضى (قوله وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم) أقول : ولا بد من الفرق أيضا بينها وبين ما قالوا في مسئلة الرضى أنه إذا بيع المستأجر بين المدة والعمل فالاعتبار تقدم منها في كون الأجر خاصا ومشركا فليتأمل (قوله وكذلك بينها وبين الثانية) أقول : في المعهود البرهاني في الفصل السادس من الإجازات وفي آخر إجازات الأصل : إذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزا إلى الليل فهو فاسد . ذكر المسئلة من غير ذكر خلاف . فن شائنا من قال : بهذه المسئلة ثبت رجوعهما إلى قول أبي حنيفة ، إذ لا يوضح الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل . ومنهم من قال : ما ذكر في هذه المسائل قياس قولها . وما ذكر فيما تقدم استحسن على قولها ، إذ لا فرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ، وإساءة علم انتهى . وأنت عيبر بأنه لا بد من الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالإجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التعجيل) أقول : لكونه موصفا مطلوبا .

(ومن استأجر أرضاً على أن يكرها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز) لأن الزراعة مستحقة بالعقد، ولا تنأى الزراعة إلا بالسقي والكراب، فكان كل واحد منهما مستحقاً، وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فإن اشترط أن يثني أو يكرى أنهارها أو يسرقها فهو فاسد) لأنه يبق أثره بعد انقضاء المدة، وأنه ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبق بعد المدة فيصير صفتان في صفقة واحدة وهي منهي عنه. ثم قيل: المراد بالثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده. وقيل أن يكرها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة، وإن كانت ثلاث سنين لاتبى منفعة. وليس المراد بكرى الأنهار الجدول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبنى منفعة في العام القابل. قال (وإن استأجرها ليزرعها بزرعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي: هو جائز، وعلى هذا إجازة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب.

الراضي على ماصحوا به في معتبرات الفتاوى بلا ذكر خلاف هناك فتأمل) قوله لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير (الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال: ولأن بالواو لمتبى. أقول ليس الأمر كما زعمه، فإن قوله لأن مؤجر الأرض الخ دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع) قوله وقيل أن يكرها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة) قال الشراح: وإنما يهذين القيدين: أي بالكراب مرة وبكون المدة سنة لأنه إذا شرط أن يكرها مرتين في موضع لا تخرج الأرض الربيع إلا بالكراب مرتين، أو كانت تخرجها بالكراب مرة إلا أن مدة الإجازة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لأنه يكون في الأول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز. وعبارة العناية: والثاني

لأنه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق، فكأنه قال: إن علمت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه، بخلاف قوله اليوم فإن المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقوداً عليه وتلزم الجهالة. قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكرها الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الإجازة وفيه منفعة لأحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد، والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع: فإن استأجر أرضاً على أن يكرها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز، لأن الزراعة تستحق بالعقد ولا تنأى إلا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد. وإن شرط أنه يثني أو يكرى أنهارها أو يسرقها فهو فاسد لأنه ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه تبنى بعد المدة فيصير صفتان في صفقة وهو منهي عنه. وإنما قلنا إن ذلك ليس من مقتضيات العقد لأن المراد بالثنية أن يكرها مرة واحدة فلا شك في أنه لا يقتضيه لأن الزراعة لا تتوقف عليه، وإن كان المراد بها أن يكرها مرتين فيجب أن يكون هذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة، لأنه إذا كان في موضع لا تخرج الأرض الربيع إلا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة إلا أن مدة الإجازة كانت ثلاث سنين فإنه لا يفسد العقد، لأن الأول حينئذ من مقتضياته، والثاني ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة. وأمّا كرى الأنهار فقال بعضهم المراد بها الجدول لبقاء منفعة في العام القابل وثناه المصنف وقال: بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبنى منفعة في العام القابل دون الأول (وإذا استأجر أرضاً ليزرعها بزرعة أخرى لا يجوز أصلاً، وكذا إجازة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب. وقال الشافعي: هو جائز.

(قال المصنف: لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير) أقول: هذا دليل آخر على أصل المدعى، فالظاهر أن يقال: ولأن بالواو (قوله فإنه لا يفسد العقد لأن الأول حينئذ من مقتضياته، والثاني ليس فيه الخ) أقول: وأنت غير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد، وقوله ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة متروك، بل فيه نفع المستأجر حيث لا تنأى زراعته إلا به (قوله دون الأول) أقول: ولئن بى فكره من مقتضيات العقد

أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين : ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسيئة وإلى هذا أشار محمد ،

ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة . وقال بعض الفضلاء : وأنت خير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد ، وقوله ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة ممنوع ، بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تنأى زراعة إلا به انتهى . أقول : ليس شيء من شطري كلامه بسديد . أما شطره الأول فلأنه إذا كانت الأرض تخرج الربيع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الإجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بمقصود المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة إلى الكراب مرة أخرى . وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته . وأما شطره الثاني فلأنه إذا كانت الأرض تخرج الربيع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لاتأى الزراعة هناك إلا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة وكانت المدة ثلاث سنين . ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الأرض وإنما خص صاحب الأرض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلاً للمستأجر ، لا لأن له نفعاً فيه وإلا لآتم التّقديم كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسيئة ، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ما حكى أن ابن سبابة كتب من بلغ إلى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال : لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار ؟ فكتب محمد في جوابه : إنك أطلت الفكرة فأصابك الحيرة ، وجالست الحناني فكانت منك زلة ، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوي بالقوي نساء . والحناني اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سبابة في هذه المسائل ويقول : لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام

لأن المنافع بمنزلة الأعيان ولهذا جازت الإجارة بدين) أي بأجرة هي دين على المؤجر ، ولو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين (ولنا) في ذلك طريقان : أحدهما (أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء ، ومعنى القوي تقدم في البيوع (وإلى هذا) أي إلى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ماروى : أن ابن سبابة كتب إلى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه ، إنك أطلت الفكرة فأصابك الحيرة ، وجالست الحناني فكانت منك زلة ، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوي بالقوي نساء . والحناني اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سبابة في هذه المسائل ويقول : لا برهان لكم عليها . وفيه بحث من وجهين : الأول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيها نحن فيه ليس كذلك . والثاني أن النساء إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك ، وفيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل بمعدن شيئا فشيئا . وأجيب عن الأول بأنها لما أقدمتا على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة ، وفيه نظر لأن في النساء شبهة الحرمة ، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بحرمة . والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة ، فبالإلحاق ثبت شبهة الشبهة لاشبهائها . وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقيق النساء ، ويجوز أن نسلك طريقاً آخر

كالكراب بخلاف الأنهار العظام (قوله ولهذا جازت الإجارة بدين : أي بأجرة هي دين على المؤجر) يعني كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجره داراً بذلك الدين الذي في ذمته (قوله أما علمت أن السكنى بالسكنى) أقول : الظاهر أن المضاف مقدر : أي مبادلة السكنى بالسكنى (قوله وأجيب عن الأول بأنها لما أقدمتا على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا) أقول : الأنسب أن يقول : يتأخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني (قوله وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول : فيه شيء . فإنه إذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المباشرة المحرمة لنساء ، إذ لا ممانعة بين العين والمنفعة ، ووجوده الحكى لوسلم يورث شبهة في الإلحاق فتتحقق شبهة الشبهة تأمل . وإنما قلت : لوسلم لأنه يجر إلى ملعب الشائى ظاهراً (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول : الفصير في قوله لفقدانها راجع إلى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلك طريقاً آخر الخ) أقول : فيه بحث

والقوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب أيضا . قال صاحب العناية : في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين : الأول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك . والثاني أن النساء إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك ، وفيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يتخذان شيئا فشيئا . وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياط عن شبهة الحرمة . وفيه نظر لأن في النساء شبهة الحرمة ، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وهي ليست بمحرمة . والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبرة ، فبالإلحاق تثبت الشبهة لاشبهتها . وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه البلاء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء ، إلى هنا كلامه . أقول : في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين : الأول أنه إذا أقيم العين مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا تتحقق المجانسة بين البديلين ، إذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب . والثاني أن هذا الجواب يناقض الجواب المذكور عن الوجه الأول لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة . ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لأنها التي تتأخر وتحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع . فإن قلت : المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة ، فدار الجواب عن الأول على الحقيقة ، ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما . قلت : في جعل الحكم الأول مرتبا على الحقيقة . والثاني مرتبا على الحكم دون العكس تحكم بل احتمال لفساد العقد ، ولم يجعل الأمر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن . ثم قال صاحب العناية : ويجوز أن نسلط طريقا آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الإجارة فاسدة لأن المعقود عليه إما أن يكون موجودا دون الآخر أولا . . فإن كان لزم النساء وهو باطل . وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى . أقول : فيه أيضا بحث ، لأنه إن أراد بالمعقود عليه الذي رده ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد ويكون قوله وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح ، لأن ما هو المعقود عليه حقيقة معلوم في كل عقد إجارة ولهذا كان القياس يأبى جوازه ، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه فأقمنا الدار مثلا مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الإجازات ، فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الإجارة قط ، وإن أراد بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الأول من الترديد ويكون قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل غير تام ، لأن النساء إنما يطل عند اتحاد الجنس ، وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تتحقق المجانسة بين البديلين كما عرفت فيما مر آنفا . واعتراض بعض القضاة على قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال : هذا لا يشبه إلزاما على الباحث ، فإنه يختار هذا الشق ويمتنع استلزامه لفساد مستندا بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالإجماع فليأمل . أقول : هذا في غاية السقوط ، إذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء بنفسه ، والذي يحرم النساء بانفراده إنما هو الجنس لا غير ، فلا مجال لأن يقال : لأن مثل ما قبل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على مثله . ثم إن الإمام

وهو أن يقال : المدعى أن هذه الإجارة فاسدة ، لأن المعقود عليه إما أن يكون موجودا دون الآخر أولا . فإن كان لزم النساء وهو باطل وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه . لا يقال : قسمة غير حاضرة بلجواز أن يعتبرها موجودين ، لأن بطلانه قد (قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول : هذا لا يشبه إلزاما على الباحث ، فإنه يختار هذا الشق ويمتنع استلزامه لفساد مستندا بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالإجماع فليأمل (قوله لا يقال قسمة غير حاضرة بلجواز أن يعتبرها موجودين) أقول : الأظهر أن يقال في تقرير السؤال : إنما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثاني في علمها ، وليس كذلك بلجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما ، وإلما قلنا إن الأظهر ذلك لظهور كون القسمة حاضرة .

ولأن الإجارة جَوَزَتْ بخلاف القياس للحاجة ، ولا حاجة عند اتحاد الجنس ، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة . قال (وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي : له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز ، وصار كما إذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب .

الزبلي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين : وهذا مشكل على القاعدة ، فإنه لو كان كذلك لما جاز ، بخلاف الجنس أيضا لأن الدين بالدين لا يجوز وإن كان بخلاف الجنس ، ولأن العقد على المنافع يتعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة ، وقبل وجودها لا يتعقد عليها العقد فإذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسبة . فلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص ، إلى هنا كلامه . أقول : كل من وجهى استحكاله ساقط . أما وجه الأول فلأن الدليل المذكور لا يقتضى عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضا قوله إن الدين بالدين لا يجوز وإن كان بخلاف الجنس مسلم . ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لأن المنافع ليست بدين ، إذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة ، صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح . وأما وجه الثاني فلأن الانقضاء في العقد على المنافع وإن حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع إلا أن نفس العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانقضاء ، وتأخر المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف ، فعنى انقضاء عقد الإجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة ، لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة ، إذ لاشك أن الإيجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين إلا مرة واحدة ، وهذا كله مما تقرر في صلوك كتاب الإجارة ، وقبل وجود المنافع وإن لم يحصل الانقضاء إلا أنه يتحقق نفس العقد ، فيحين أن يتحقق نفس العقد وهو أن صدوره عن المتعاقدين تتحقق النسبة في المنافع قطعا فينيل العقد فيها إذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ، وببطل قوله فكيف يتصور فيها النسبة تبصر ترشد (قوله ولأن الإجارة جَوَزَتْ بخلاف القياس للحاجة ، ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح : لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى . أقول : لا خصم أن يقول : لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ، ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة ، إذ لا يفتى أن كثيرا من الناس قد يحتاج إلى سكنى بعض الدور دون بعضها ، ولا يحصل مقصوده يسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الأماكن بحسب تمدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكيف منهم يحتاج إلى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ، ولا يحتاج إلى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الأول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك . اللهم إلا أن يقال : هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس ، وكأنه أشير إليه في الكافي وغيره بأن يقال : والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس ، وإنما تمس عند اختلاف الجنس ، والكمال من باب الفضول ، والإجارة ما شرعت لا ابتغاء الفضول انتهى تأمل تقف (قوله وصار كما إذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية : يعنى الطعام المشترك ، وقال بعض الفضلاء : وعندى لا حاجة في تمام الكلام إلى جعل الطعام

(و) الثاني (أن الإجارة جَوَزَتْ بخلاف القياس للحاجة ، ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة (بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة) كالركوب واللبس والزراعة والسكنى . فإن قيل : إذا اختلف الجنس لزم الكالئ بالصحة الباء ثم إذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل في ظاهر الرواية لأنه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل . وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا شيء عليه لأنه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت . قال (وإذا كان الطعام بين رجلين النخ) وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له : يعنى لا المسمى ولا أجر المثل . وقال الشافعي رحمه الله : له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز ، وصار كما إذا

ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع ، بخلاف البيع لأنه تصرف حكى ، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر .

مشاركاً ، فإنه لو كان المستأجر خاصة يتوجه إلزام الشافعى بأن وضع الطعام فعل حسي ، والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسى انتهى . أقول : ما ذكره في بيان أنه لاجابة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركاً كلام خال عن التحصيل ، لأن لفظ الإلزام في قوله يتوجه إلزام الشافعى إما أن يكون مضافاً إلى مفعوله أو إلى فاعله . وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره . أما على الأول فلأن هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعى وهى جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعى ، بل هى مجمع عليها ، ولهذا ذكرت في دليله بطريق الاستنباط علينا فكيف يتوجه إلزامنا الشافعى بما يقتضى خلاف ما تقرر عندنا ، وهلا يصير ذلك إلزاماً علينا أيضاً . وأما على الثانى فلأن المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل ، وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في أن لا يكون النصيب الشائع عللاً للفعل الحسى ، بخلاف ما نحن فيه ، فإن المعقود عليه هنا العمل الذى هو الفعل الحسى وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الإلزام علينا من الشافعى أصلاً . ثم أقول : الظاهر عندى أيضاً أنه لاجابة هاهنا إلى تقييد الطعام بكونه مشتركاً ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط ، لكن لما ذكره ذلك القائل ، بل لأن تمشية استنباط الشافعى ظاهراً بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التى نحن فيها ، وكذلك الجواب الذى أتى من قبلنا عن استنباط الشافعى بتلك المسئلة لا يخصص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويمر على الإطلاق يشهد بذلك كله التأمل الصادق (قوله ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في النهاية : إذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين . وقال : فإن قيل : إذا حل الكل فقد حل البعض لا محالة فيجب الأجر . أجيب بأن حل الكل حل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى . أقول : في الجواب نظر وهو أن عدم كون حل الكل معقوداً عليه لا يجدى شيئاً في دفع السؤال ، لأن حاصل السؤال أن حل الطعام واقع على معين قطعاً فكان موجوداً ، وحل الكل لا يتصور بدون حل كل جزء منه فقد استلزم وجود حل الكل وجود حل كل جزء منه لا محالة ، ومن جملة الأجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الأجر لحمل ذلك الجزء الذى هو المعقود عليه ، ولا شك أن عدم كون الكل معقوداً عليه لا يفيده شيئاً في دفع ذلك ، وإنما يكون مفيداً لو كان المقصود من السؤال وجوب الأجر بحمل الكل وليس فليس

استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعنى الطعام المشترك أو عبداً مشتركاً ليخيط الثياب . ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع إذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين . فإن قيل : إذا حل الكل فقد حل البعض لا محالة فيجب الأجر . أجيب بأن حل الكل حل معين وهو ليس بمعقود عليه الاستئجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر أصلاً . وفرق بين هذا وإجارة المشاع فإنها أيضاً فاسدة عنده ، فإن استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذى أوجبه العقد ، فإن استوفى المنفعة وجب الأجر . وأما هاهنا فإنه متعذر أصلاً فلا يجب (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعى على البيع ، وذلك (لأن البيع تصرف حكى) أى شرعى ، والتصرف في الشائع شائع شرعاً ، كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه .

(قوله يعنى الطعام المشترك) أقول : وعنى لاجابة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركاً ، فإنه لو كان المستأجر خاصة يتوجه إلزام الشافعى بأن وضع الطعام فعل حسي ، والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسى ، بل لا يبعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك خلل فليتأمل (قوله أجيب بأن حل الكل حل معين) أقول : في هذا الجواب تأمل ، فإنه ظاهر أن النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه ، فإذا حل الكل كان هو معمولاً معه ويكون كإجارة المشاع ، فإن اللازم هنا أيضاً تعذر التسليم على الوجه الذى يقتضيه العقد ينبغى أن نعمك بأجر المثل (قوله بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر) أقول : هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ .

ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم ، بخلاف الدار المشتركة لأن المقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام ، وبخلاف العبد لأن المقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكى يمكن إيقاعه في الشائع .

(قوله ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال صاحب العناية : ولقاتل أن يقول : لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره ، والأول ممنوع فإنه شريك ، والثاني حتى لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره . والجواب أنه عامل لنفسه فقط لأن عمله لنفسه أصل وموافق للقياس ، وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المتأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الأجر انتهى كلامه . أقول : في الجواب شيء وهو أن قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المتأجر ليس بنام ، لأنه إنما تندفع بجعله عاملا لنفسه حاجة المتأجر دون حاجة الأجير ، فإن له حاجة إلى الأجر كما أن للمتأجر حاجة إلى المنفعة ، وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا تقضى حاجته ، بل إنما تقضى حاجة المتأجر فقط ، والظاهر أن عقد الإجارة لم يشرع لحاجة المتأجر فقط ، بل إنما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين . وإذا لم يجب للأجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقد الإجارة لها فلم يتم الجواب . وزيف بعض الفضلاء قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المتأجر بوجه آخر حيث قال : كيف يحصل مقصوده والأجير إذا علم أنه لا يعطى له الأجر لا يعمل نصيب المتأجر بل يقام ويحمل نصيب نفسه انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، إذ لا يذهب عليك أن وضع مسئلتنا في إذا حل الكل ولا شك في حصول مقصود المتأجر فيه وإحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حل الكل لا يقدح في الكلام المتي على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لأن المقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه ، وأنه أمر حكى يمكن إيقاعه في الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على استتجار العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لأن عقد الإجارة تملك المنافع بعوض على مامر في صدر الكتاب ، ونصيب صاحبه إنما هو في عين العبد

وقوله (ولأن ما من جزء) دليل آخر على المطلوب ووجه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء إلا وهو شريك فيه ، وكل من حل شيئا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ، ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره لعدم تحقق التسليم إليه . ولقاتل أن يقول : لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره ، والجواب أنه عامل لنفسه فقط ، لأن عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره . والجواب أنه عامل لنفسه فقط ، وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المتأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الأجر . وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استتجار الدار المشتركة . ووجه أن المقود عليه هنالك منافع الدار وتسلمها متحقق بدون وضع الطعام فيه ، فإنه إذا تسلل البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الأجر ، بخلاف الحمل فإن المقود عليه هو العمل وتسلمه في الشائع لا يتحقق كما مر . وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استتجار العبد المشترك . ووجه أن المتأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكى يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع . بخلاف الحمل لأنه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الأجر إلا بإيقاع عمل في العين المشتركة لا يجب ، وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك

(قال المصنف : ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه) أقول : الأظهر ما من قفيز أو مامن حية لأن الجزء يطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره) أقول : ولا يلزم العوض والموض في شخص واحد (قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المتأجر) أقول : كيف يحمل مقصوده والأجير إذا علم أنه لا يعطى له الأجر لا يعمل نصيب المتأجر بل يقام ويحمل نصيب نفسه (قوله والملك أمر حكى يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع) أقول : الحياطة أمر حسي كيف تصور من الشائع .

(ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أى شيء يزرعها فالإجارة فاسدة) لأن الأرض تستأجر للزراعة وغيرها ، وكذا ما يزرع فيها مختلف ، فنه ما يضر بالأرض مالا يضر بها غيره ، فلم يكن المقود عليه معلوماً .

لأن منافعها ، لأن المنافع لا تقبل الشركة على مانعها ، فكيف يكون المقود عليه في استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه . وإنما يتصور أن يكون المقود عليه ذلك في البيع الذي هو تملك العين بعوض . وعن هذا ارتكب الشراح تقدير شيء في حل هذا المثل ، فقال صاحب النهاية لأن المقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه : أى منفعة ملك نصيب صاحبه ، فلما كان ذلك منفعة لا فعلاً كالحمل صح إيقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة إن العقد يرد على المنفعة انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن قياس الخصم إنما هو على استئجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقاً ، فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجيراً مشتركاً ويكون المقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقاً . وإنما يكون المقود عليه هو المنفعة مطلقاً لو كان العبد أجيراً وحده وذلك ليس بمقيس عليه ، ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسي كالحمل فينبغي أن لا يصح إيقاعه في الشائع كالحمل فلم يتم الفرق . وقال صاحب العناية : وقوله وبخلاف العبد جراب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك ، ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه ، والمالك أمر حكي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسي انتهى . أقول : فيه أيضاً نظر لأنه إن كان مدار فرقة على أن المقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة ، وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يروى إليه إحقاق المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق ، وإن كان مدار فرقة على تحقق ملك المنفعة في استئجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن إيقاعه في الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية . وقوله والمالك أمر حكي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه أن ملك المنفعة يتحقق فيها نحن فيه أيضاً ، لأن عقد الإجارة تملك المنافع بعوض ، ففي كل فرد من أفراد الإجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضاً باعتبار

(ومن استأجر أرضاً ولم يبين أنها للزراعة أو لغيرها أو يبين أنها للزراعة ولم يبين ما يزرع فيها فالإجارة فاسدة) لجهة المقود عليه لأن الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع فيها مختلف ، فنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره) كالنورة والأرز فإن ضررها بها أكثر من ضرر الخنطة والشعر وجهة المقود عليه تفسد العقد ، فإن زرعها ومضى الأجل وجب الأجر استحساناً ، والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر ، لأنه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً . ووجه الاستحسان أن الجهة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لأن الإجارة عقد يقيد للاستقبال ، فإذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف أنه ضار أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهة المقتضية إلى النزاع من ذلك الوقت ، وارتفعت من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ، ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا هاهنا . وصار كما إذا استأجر إلى الدياس مثلاً ثم أسقط الأجل قبل أن يأخذ الناس فيه ، وكما إذا باع بشرط الخيار إلى أربعة أيام ثم أسقط الرابع ، وكما إذا باع بشرط قبل مجيئه . وهذا رد المختلف على المختلف ، فإن زفر لم يقل بذلك أيضاً ، ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكر هاهنا بطريق المبادى . لا يقال : ذكر هذه المسئلة تكرر لأنه ذكر في أول باب ما يجوز من الإجارة ويجوز استئجار الأراضي للزراعة ، ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع

(قوله أن الجهة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول : العقد لا يتم بنقض الحاكم بل ينفسخ من الأصل (قوله لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه) أقول : في دلائل على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لأن ذلك وضع القدوري الخ) أقول : جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسئلة الخ .

(فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى) وهذا استحسان . وفي القياس : لا يجوز وهو قول زفر ، لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا . وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا ، كما إذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فتفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه) لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الأجرة فاسدة (فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الأولى) (وإن اختصما قبل أن يحمل عليه) وفي المسئلة الأولى قبل أن يزرع (نقضت الإجارة دفعا للفساد إذ الفساد قائم بعد .

إرقاع ملك المنفعة في المشاع . لا يقال : لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطان الإجارة فيه ، بخلاف القيس عليه لأننا نقول : بطلان الإجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي . واستدل على جواز الإجارة فيه أيضا بوجوه : منها قياسه على استئجار العبد المشترك للخياطة . فبناء الفرق بينهما على بطلان الإجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب . وقال صاحب غاية البيان : قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه في إذا استأجر عبدا مشتركا لخطيب له الثياب : يعني أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه وذلك أمر حكى فيمكن إثباته حكما وإن لم يكن حيا ، بخلاف المتنازع فيه لأنه أمر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا اه . أقول : مضمونه موافق لما في العناية ففيه ما فيه فأمل في التوجيه (قوله فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام : فإن زرعها بعد ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد إلى الجواز وينب الأجر المسمى إذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد اه كلامه . أقول : لا معنى لقوله إذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد ، فإن ما ذكر من انقلاب العقد إلى الجواز ووجوب الأجر المسمى إنما يتصور إذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد . وأما إذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب إلى الجواز لأن المنقوض لا يعود إلا بالتجديد لا بحالة . والصواب أن يقال إذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من الناسخ الأول بدل لفظة بعد ، ويدل عليه قوله فيما بعد وإن زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد : بنقض الحاكم . ونسبه الشارح المعنى . أقول : لا يفتي على القطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة ، فإن العقد ينسخ من الأصل بنقض الحاكم إياه فكيف يتصور أن يتم به ، وتام الشيء من آثاره واقتضائه . والحق أن المراد

الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى (ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه ، لأن) الإجارة وإن كانت فاسدة فزال العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر (لأن حكم الفساد إنما يؤخذ من الجائر ، إذ لا حكم للفساد بنفسه لأنه مباشرة مأمور بنقضه فلا بد وأن يأخذ من الصحيح حكمه) (فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى استحسانا كما مر في المسئلة الأولى) وهي قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد ، فإنه لما حل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المنقضية إلى النزاع فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى (وإن اختصما قبل أن يحمل عليه وفي المسئلة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعا للفساد لأنه قائم بعد) والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال المصنف : وفي القياس لا يجوز) أقول : قال الكاكي : أي لا يجوز العقد : أي لا ينقلب جائزا فيجب أجر المثل للمسمى انتهى . وفي شرح الشاغان : أي لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى . فتأمل أنت (قال المصنف : وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول) أقول : قال في النهاية : بأن باع أو أجر إلى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الأجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى . وفي شرح الشاغان : والدياس انتهى .

(باب ضمان الأجير)

قال (الأجراء على ضريين : أجير مشترك ، وأجير خاص .

بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فإن زرعها ومضى الأجل : ويرشد إليه قول صاحب الكافي في التعليل : ولنا أن المعقود عليه صار معلوماً قبل مضي الأجل فيرفع الفساد اهـ . هذا وقال في النهاية ومعراج الدراية : فإن قيل : وإن ارتفعت الجاهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يفسد بالأرض بلواز أن يكون ما زرعها مفسداً بالأرض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك . لأن الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك . فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقيق شيء احتمال مفسد للعقد . ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولاً لا يتعين إلا بتعيينهما صونا عن الإضرار بأحدهما ، ولا يفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما . فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما ، ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك . وهذا الإشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله وفي في هذا التعليل إشكال هائل . ثم قال : قلنا الأصل إجارة العقد عند انتفاء المانع ، لأن عقود الإنسان تصح بقدر الإمكان ، والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه . وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما في النهاية ومعراج الدراية . أقول : في الجواب بحث : لأن توقع المنازعة بينهما إنما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع إذا لم يفرد أحدهما باستيفاء ذلك . وأما إذا انفرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلاً ، وهذا مما لا ستره به ، فالكلام الفصيل أنه إن اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الأرض باستعمال المستأجر في الأرض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الإشكال المذكور رأساً ، وإن لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزاً بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الأجل ، سواء علم رب الأرض بذلك ورضى به أو لا ، فالإشكال المذكور وارد جداً غير مندفع بالجواب المزبور قطعاً ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(باب ضمان الأجير)

لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لأنه من جملة العوارض التي ترتب على عقد الإجارة فحتاج إلى بيانه ، كذا في غاية البيان ، ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية فقال : لما ذكر أنواع الإجارة الصحيحة

(باب ضمان الأجير)

لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان وقال (الأجراء على ضريين النخ) الأجراء جمع أجير ، وهو على نوعين : أجير مشترك ، وأجير خاص . والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى . قيل : وتعريف الأجير المشترك بقوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل أيضاً تعريف دورى ، لأنه لا يعمل من لا يستحقها قبل العمل

(باب ضمان الأجير)

(قوله شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان) أقول : إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفرادها ، أو المراد وهي الضمان وجوداً وعملاً (قال المصنف : الأجراء على ضريين النخ) أقول : من قبيل تقسيم الكل إلى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول : وإنما قال وهو على الأجير على نوعين ، لأن الأجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ، ولزم تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره ، لكن اللام إذا دخلت الجميع ولا يهود انصرف إلى الجنس ، هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع ، فإن المقسم هو جميع الأجراء بحيث لا يخرج منه شيء إلا ما يلائق عليه لفظ الأجراء مطلقاً (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول : يعنى لو قسم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضاً ، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجهاً ، أما المشترك فلائه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحته ، وأما الخاص فلائه بمنزلة المفرد من المركب ، لكن تقديم المشترك هاهنا لأن إيجاب

فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار (لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل العامة ، لأن منافعهم لم تصر مستحقة لواحد ،

والفاسدة شرع في ضمان الأجير اهـ . وكل من هذين التفريرين جيد . وأما صاحب النهاية فقال : لما ذكر أبواب عقود الإجارة صحيحها وفاسدها ساقط التوبة إلى ذكر أحكام بعد عقد الإجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اهـ . ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال : لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان اهـ . ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركائز حيث فسرا الجمع بالمفرد بقولهما وهي الضمان انتهى . فإن ضمير هي راجع إلى الأحكام ، ولا ريب أن الضمان حكم واحد لا أحكام . ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه إلى توجيه ذلك فقال : إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفرادها أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما اهـ . أقول : توجيه الثاني ليس بوجيه ، لأن الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسيراً للأحكام ، فإن أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح ، والضمان باختيار وجوده وعدمه إنما يصير اثنين لا غير . ثم إن صاحب معراج الدراية قال : والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر ، واسم الفاعل منه مؤجر لامؤجر اهـ . أقول : فيه إشكال ، لأن قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤجر يرى مناقضا لقوله والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر ، إذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤجرا يلزم أن يكون الأجير فعिला بمعنى مفعول لا بمعنى مفاعل فتأمل . ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال : قلت هذا غلط لأن فعلا بمعنى فاعل لا يكون إلا من الثلاثي ، وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر : يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اهـ كلامه . أقول : بل اللفظ إنما هو في كلام نفسه ، فإن الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد أيضا ، وعن هذا قال المحقق الرضوي في شرح الكافية : وقد جاء فعيل بالمائة مفعول كقوله تعالى - عذاب ألم - أى مؤلم على رأى . وقال : وأما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحبيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا اهـ . وقال الإمام المطري في المغرب : وأما الأجير فهو مثل الجليس والتدبير في أنه فعيل بمعنى مفاعل اهـ . وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكأنه لم يذق شيئا من العربية (قوله فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية : والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اهـ . يعني أن السؤال

حتى يعلم الأجير المشترك فيكون معرفة المرفوع موقوفة على معرفة المرفوع وهو الدور . وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجير متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم تنوقف معرفته على معرفة المرفوع . وقيل قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين ، وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريف بالمثال وهو صحيح لكن قوله لأن المعقود عليه يناق ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح ، وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر . والحق أن يقال : إنه من التعريفات اللفظية . وقوله (لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعهم لم تصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية ، وكأنه قال : من لا يستحق الأجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك

باب ضمان الأجير وذلك في المشترك فتأمل ، فإن بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اعتبار تقديم المشترك كالإيجاف وكان لابد منه (قوله وأجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول : وأنت غير بأن قول المصنف لأن المعقود عليه إنما هو العمل متكفل لنصف هذا السؤال فإنه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجب على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحواقة (قال المصنف : فالمشترك من لا يستحق الأجرة) أقول : ظاهره مقنن بالأجير المشترك إذا عجل له الأجر أو شرط التحصيل فيحتاج إلى نوع عناية ، كان يقال : لا يستحق الأجر بالنظر إلى كونه أميرا مع قطع النظر عن الأمور الخارجية (قال المصنف : لأن المعقود عليه إنما هو العمل) أقول : عنى فيه إشارة إلى دفع السؤال بأن التعريف دورى ، فإن علم استحقاق الأجر حتى يعمل يكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لأن التعليل على التعريف غير صحيح) أقول : يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني (قوله وقوله لأن المعقود عليه إذا كان العمل ، إلى قوله : بيان لمناسبة التسمية) أقول : وعننى أنه تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف ، وهو أن بعض الأجراء لا يستحق الأجرة قبل العمل ، لأن قضية

فمن هذا الوجه يسمى مشتركا . قال (والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر ، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالبا كالحرقيق الغالب والعدو المكابر) لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر ، بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحرقيق الغالب وغيره لأنه لا تقصير من جهته . ولأي حنيفة رحمه الله أن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه . ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه . ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب ، والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا ولهذا لا يقابله الأجر ، بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر . قال (وما تلف بعمله ، فتخريق الثوب من دقة وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل

عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا : أي على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار . وقال بعض الفضلاء : يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا ، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجهها . أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحثه . وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب . لكن تقديم المشترك هاهنا لأن الباب باب ضمان الأجير وذلك في المشترك فتأمل . فإن بما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجه اختيار تقديم

لأن المعقود عليه الخ ، ويؤيده قوله (فمن هذا الوجه يسمى مشتركا . والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة وهو قول زفر ، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالبا كالحرقيق الغالب والعدو المكابر . لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكن العمل إلا به) ولا حفظ (فإذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة ، وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة إذا كانت بأجر) فإنها بقولان إنما تصور المسئلة في حافظ الأمانة بأجر فهلك الأمانة فإنه يضمن وإن كان العين عنده أمانة (بخلاف ما إذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحرقيق الغالب وغير ذلك لأنه لا تقصير من جهته . ولأي حنيفة أن العين في يده أمانة لأن القبض حصل بإذنه ، ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ، ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب) فإن قيل : الاعتبار ليس بصحيح لأن ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك ، أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا) وذلك لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيروا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لإقامة العمل فكان تبعا (ولهذا لا يقابله الأجر) وإذا كان تبعا ثبت ضرورة إقامة العمل لم يتعد إلى إيجاب الضمان (بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر) قال (وما تلف بعمله كخريق الثوب من دقة الخ) وما تلف بعمل الأجير المشترك كخريق الثوب من دقة وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة بفتح الرء من مدتها صاحبها مضمون عليه . وقال زفر والشافعي : لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل

عقد المعلومة هي المساواة كما تقدم بيانه . ولو استحق من استأجر على العمل قبله تبطل المساواة ، هذا هو مراد المصنف : إلا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يصل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ، ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لأن المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول : لا يبعد أن يقال ذلك يؤيده خلافه لاستلزامه التكرار (قال المصنف : لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما) أقول : قال الزيلعي : ويقولها يفتي اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى . وفي النهاية : روى عن عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ما ضاع على يده . ومن على رضي الله عنه أنه كان

وغرق السفينة من مده مضمون عليه . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعه المعب والسليم وصار كأجير الواحد ومعين القصار .

المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه ، إلى هنا كلامه . أقول : ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس بتام . أما أولا فلأن معنى باب ضمان الأجير باب ضمان الأجير إثباتا ونفيا كما أشار إليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد وهى الضمان وجودا وعدما وإلا : أى وإن لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب إثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبى حنيفة أصلا ، إذ لا ضمان عنده على أحد من الأجير المشترك والأجير الخاص ، وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا إلا فى بعض صور من مسائل الأجير المشترك وحده كما استحيط به خيرا ، وهذا مما لا ينبغي أن يرتكب ، فإذا كان معنى عنوان الباب ما يعم إثبات الضمان ونفيه كان نسبته إلى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك فى المشترك . وأما ثانيا فلأن الطرفين إذا كانا متساويين لم يحتاج هناك إلى وجه يرجع اختيار أحد الطرفين ، بل لم يتصور هناك ذلك ، وإنما يكون مرجح أحد الطرفين هناك نفس الاختيار لا غير كما أشارنا إليه فى تقريره راد صاحب العناية . وقد تقرر فى العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز ، وإنما المحال ترجيح أحدهما من غير . جع فظهر أن قوله فإن بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره . وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له . نعم يمكن منع تساوى الطرفين فيما نحن فيه . لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتاوى . وقال صاحب النهاية : فإن قلت : هذا يعنى تعريف الأجير المشترك بقوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل تعريف يثول عاقبه إلى الدور . لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك ، ثم لو كان عارفا بالأجير المشترك لاحتاج إلى هذا التعريف ، ولولم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الأجير المشترك لأنه يحتاج إلى السؤال عن لا يستحق الأجرة حتى يعمل بمن هو ، فلا بد للمعرف أن يقول هو الأجير المشترك وهو عين الدور . قلت : نعم كذلك ، إلا أن هذا تعريف للخصم بما هو أشهر منه فى مفهوم المتعلمين . أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لأنه ذكر قبل هذا استحقاق الأجير بالعمل بقوله أو باستيفاء العقود عليه فى باب الأجر متى يستحق فصار كأنه قال : وما عرفته أن الأجير الذى يستحق الأجر باستيفاء العقود عليه فهو الأجير المشترك ، إلى هنا كلامه . أقول : فى الجواب خلل . أما أولا فلأن قوله فى أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساد ولا يمكن إصلاحه ، فاما معنى قوله بعد ذلك إلا أن هذا تعريف للخصم الخ . وأما ثانيا فلأن كون الأجير المشترك خفيا ، وما ذكر فى التعريف أشهر منه ممنوع ، كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب إذا سئل عن لا يستحق الأجرة حتى يعمل بمن هو بأنه هو الأجير المشترك . وأما ثالثا فلأن المذكور فى باب الأجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء العقود عليه غير مختص بالأجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الأجير المشترك والأجير الخاص فإتهم حصروا هناك سبب استحقاق الأجير مطلقا للأجرة فى معان ثلاثة هى : شرط التعميل ، والتعجيل من غير شرط ، واستيفاء العقود عليه ، ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالأجير المشترك لزم أن لا يستحق الأجير الخاص الأجرة أصلا فيما إذا لم يشترط التعميل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان . وإذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء العقود عليه حكما عاما للأجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال فى توجيه معنى تعريف الأجير المشترك هاهنا بما ذكر فصار كأنه قال : وما عرفته أن الأجير الذى يستحق الأجر باستيفاء العقود عليه فهو الأجير المشترك . ثم إن صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين فى النهاية بعبارة أخرى حيث

مطلقا إذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة ، والمطلق ينتظم الفعل بنوعه السليم والمعب عملا بالإطلاق

لا يضمن القصار والصانع ونحوهما ، ولأجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملا بأقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم بقدر الإمكان ، انتهى كلام صاحب النهاية . قال ابن البرزلى : معناه عمل فى كل نصف ، يقول حيث سطر النصف وأوجب النصف انتهى . فكانه أراد بالصلح مجاز وهو الخط . وفى فتاوى قاضى خان : الفتوى على قول أبى حنيفة رضى الله

قال : قيل وتعريف الأجير المشترك بقوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى ، لأنه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فتكون معرفة المرف موقوفة على معرفة المرف وهو الدور . وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجر متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المرف اهـ . أقول : أصلح الجواب في الجملة كما ترى ، ولكن فيه أيضا خلل ، لأنه إن أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكر هناك بقوله أو باستيفاء العقود عليه كما صرح به في النهاية . يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آفا من أن ذلك الحكم عام للأجير الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الأجير المشترك بذلك ، وإن أراد به ما ذكر هناك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب : قد علم مما سبق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الأجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفه لمطلق الأجر المشترك فتأمل . وقال بعض الفضلاء : وأنت خير بأن قول المصنف لأن العقود عليه إنما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال ، فإنه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ، ولا حاجة إلى الحوالة انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بشئ لأن تعريف الأجير المشترك بمن لا يستحق الأجرة حتى يعمل مما اختاره القنودى ، وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل ، والمصنف أيضا ذكره وحده في البداية ، وإنما زاد عليه التعليل المذكور في المقدمة ، والسؤال المزبور إنما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه ما يفيد معرفته . وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته ، كيف تصلح كلام من لم يزد ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة ، وإذا لم يذكر معه شيء يحصل به معرفته ، فلما أن نحتاج معرفته إلى معرفة الأجير المشترك الذى هو المرف فيلزم الدور أو لا يحتاج إليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيها سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحوالة ، نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيها قبل ولكنه كلام آخر . ثم قال ذلك البعض من الفضلاء : ظاهر قوله فالشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مقبوض بالأجير المشترك إذا عجل له الأجر أو شرط التعجيل فيحتاج إلى نوع عناية ، كأن يقال : لا يستحق الأجر بالنظر إلى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الأمور الخارجة انتهى . أقول : إنما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج إلى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الأجرة قبل أن يعمل . وأما إذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الأجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل أصلا على ماسيجىء فلا انتقاض بذلك أصلا لأن الأجير المشترك إذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الأجرة ، حتى لو كان أخذها بطريق التعجيل يلزمه ردّها على المستأجر ، وكأن الإمام الزيلعى تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الأجر حتى يعمل : يعنى الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا إذا عمل انتهى فتبصر . ثم إن صاحب العناية قال : وقيل قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد . والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين ، وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح ، ولكن قوله لأن العقود عليه يتنافى ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح . وقال : وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر . والحق أن يقال إنه من التعريفات الظنّية ، وقوله لأن العقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للامتناع لأن منافعه لم تنصر مستحقّة لواحد بيان لمناسبة التسمية ، وكأنه قال : من لا يستحق الأجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك ، لأن العقود عليه الخ ، ويؤيده قوله فن هذا الوجه يسمى مشتركا ، إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء : وعندى أنه يعنى قوله لأن العقود عليه الخ تعليل للحكم الضمنى المستفاد من التعريف ، وهو أن بعض الأجراء لا يستحق الأجرة قبل العمل ، لأن قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ، ولو استحق من استوجر على العمل قبله

ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المقود عليه حقيقة ، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه ،

تبطل المساواة ، هذا هو مراد المصنف ، إلا أن المصنف فرّع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ، إلى هنا كلامه . أقول : مدار استخراج ذلك البعض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف هاهنا لأن المقود عليه إنما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك ، بل عبارته هاهنا لأن المقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ، ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزء للشرط المذكور فيما قبله ، ومجموع الشرط والجزء داخل في التعليل غير محتمل لغير بيان مناسبة التسمية ، فالخبر ما قاله صاحب العناية ، على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعم ذلك القائل وكان قوله لأن المقود عليه إنما هو العمل أو أثره تعليل لما ذهب إليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تفريع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل ، لأن مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ، ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما إذا كان الأجير مشتركا تتحقق فيما إذا كان الأجير خاصا أيضا ، فلو صح تفريع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الأجير الخاص أيضا للعامة ، وليس كذلك قطعاً (قوله ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح ، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المقود عليه حقيقة ، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه) أقول : في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور ، لأن كون العمل وسيلة إلى الأثر إنما يتصور في صورة تحريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها إذ قد مر في أوخر باب الأجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر ، لأن المقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في البيع ، وكل صانع ليس لعمله أثر في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في البيع ، وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح ، لأن المقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى . فقد تلخص منه أن العمل على نوعين : نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار . ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحمال والملاح . وأن المقود عليه في النوع الأول هو الأثر وهو الوصف القائم في الثوب ، والمقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير . ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيها نحن فيه من مسائل الحمال والملاح ، وإذا لم يكن لعمل الصانع فيها أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة إلى الأثر ، وكيف يصح أن يقال فيها الأثر هو المقود عليه حقيقة ، وقد صرح فيما مر بأن المقود عليه هناك نفس العمل ، وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر ليس بمستقيم على إطلاقه ، إذ قد مر أيضا في الباب المزبور أنه إذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره ، لأن المقود عليه العمل من محل بيعته فيستحق عنه كالمضعة في محل بيعته انتهى . نعم إذا أطلق العمل فله أن

قصار كالأجير الواحد ومعين القصار . ولنا أن الداخل تحت الإذن : أي الأمر ما هو الداخل تحت العقد ، لأن الأمر إما بالعقد أو لازم من لوازمه ، والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود ، حتى لو حصل ذلك بفعل غير الأجير وجب الأجر ، وإذا كان كذلك كان الأمر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد مأمورا به ، بخلاف معين القصار لأنه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لأنه يتمتع عن التبرع ، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده ، والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له ، ولو

(قوله لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المقود عليه) أقول : قوله الذي صفة للأثر (قوله لأنه يتمتع عن التبرع) وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده ، والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له)

بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يتمتع عن التبرع ، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده ، وبخلاف أجبر الواحد على ما ذكره إن شاء الله تعالى وانقطاع الجبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (إلا أنه لا يضمن به بنى آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده) لأن الواجب ضمان الآدمي ، وأنه لا يجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة ، وضمان العقود

يستأجر من عمله كما مر هناك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام . والأولى في التعليل ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : لأن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح : لأن الإذن إنما يثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لأن مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة العقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع . فإذا ثبت أن العقود عليه العمل السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذونا فيه . كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر اهـ . (قوله بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يتمتع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية : وللمزيم أن يلزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به الضرر لغير من تبرع له اهـ . وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال : الحكم يدار على دليله وإن كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان ف قوله لأنه يتمتع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين اهـ . أقول : هذا لا يندى شيئا لأن صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول الضرر لغير من تبرع له . بل أراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ما هنا لحديث جواز كون الحكمة أخص ، على أن لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله لأنه يتمتع عن التبرع بيانا لحكمة عدم التضمين أيضا . فإنه إذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمين . بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى . ثم قال صاحب العناية : ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اهـ . أقول : ولقائل أن يقول : هنا أيضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر إلى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك إذا تضمن ضررا لغير من تبرع له ، ألا يرى أنه إذا أخذ أحد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك أنه يلزمه الضمان فلم يلزمه الضمان إذا عمل في ملك المستأجر بغير إذنه وتبرع بالعمل للأجير فلفظ بعمله ملك المستأجر فليأمل (قوله وانقطاع الجبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال : انقطاع الجبل ليس من صنيع الأجير فوجه ذكره من جملة ما تلف بعمله ؟ فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه ، كذا في العناية وغيره اهـ . أقول : لقائل أن يقول : يشكل هذا على ما مر من أن الأجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وإن كان الملاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فإنه يجوز أن يقال هناك أيضا : إن الملاك من قلة اهتمامه حيث لم يميز زعما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق . ثم أقول : يمكن الفرق بأن التخصيص هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لامقصودا كما مر فلا اعتبار له ، أما ما هنا فالتخصيص في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية) قال في الكفاية : لا يقال إن ضمان بنى آدم يجب بالتسبب وقد وجد ، لأن السبب إنما يضمن إذا تعدى وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدى اهـ . أقول : فيه بحث ، وهو أنه كيف يكون كلامنا فيما إذا لم يوجد التعدى وقد وجب

على أن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم ، وبخلاف الأجير الواحد على ما ذكره . وقوله (وانقطاع الجبل) جواب عما عسى أن يقال : انقطاع الجبل ليس من صنيع الأجير فوجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فإنه (من قلة اهتمامه فكان من صنيعه إلا أنه لا يضمن به) أى بفعله (بنى آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده ، لأن الواجب ضمان الآدمي وضمان الآدمي لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية) ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود

أقول : الحكم يدار على دليله ، وإن كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان ، ف قوله لأنه يتمتع عن التبرع الخ بيان لحكمة عدم التضمين (قوله وهي لا تقتضي السلامة) أقول : قال الله تعالى - ما على المحسنين من سبيل -

لاتحمله العاقلة . قال (وإذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوق في بعض الطريق فانكسر ، فإن شاء ضمه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمته قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا ، والسقوط بالعتار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه ، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه . وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعدياً وإنما صار تعدياً عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين شاء . وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى ، وفي الوجه الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلاً . قال (وإذا قصد القصاد أو بزغ البزاع ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك . وفي الجامع الصغير : يبطار بزغ دابة بدائق فنفتت أو حجام حجام عبداً بأمر مولاه فات فلا ضمان عليه) وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان . ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية

على الأجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع المالك بعمله عند أتمتنا الثلاثة ، ولولا التعدي لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فإن الأصل عنده أن المتاع أمانة في يد الأجير إن هلك لم يضمن شيئاً كما مر . ووجه التعدي فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل أتمتنا هو مخالفة الأجير لإذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد ، مع أن الداخل تحت إذنه إنما هو العمل المصلح ، وسببى من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه في الأحكام (قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لأنه ذكر في مسئلة القدورى عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى أنه إذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الأجرة وحجامة العبد بأمر المولى ، حتى أنه إذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في إحداهما مذكوراً في الأخرى ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فإنه قال فيها : لأن رواية المختصر ناطقة

ومن استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوق في بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمته قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) وإنما وضع المسئلة في الفرات لأن الدنان كانت تباع هناك (أما الضمان فلما قلنا) إنه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالحق (فإن السقوط بالعتار في الطريق أو بانقطاع الحبل ، وقد تقدم أن كل ذلك من صنعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضى أن لا يغير عند أبي حنيفة بل يضمه قيمته في المكان الذي انكسر ، لأن المال عنده أمانة في يد الأجير المشترك ، وإذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه (فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه . ومن حيث أن ابتداء الحمل حصل بإذنه لم يكن تعدياً ، وإنما التعدي عند الكسر فيختار أي الوجهين شاء فإن اختار الوجه الثاني فله الأجر بقدر ما استوفى من العمل ، وإن اختار الوجه الأول فلا أجر له لأنه ما استوفى أصلاً ، وإذا قصد القصاد أو بزغ البزاع ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك . وفي الجامع الصغير يبطار بزغ الخ) وإنما أعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدورى ، وكل منهما يشتمل على نوع من البيان ، أما في القدورى فلأنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ، ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن . وأما في الجامع الصغير فلأنه بين الأجرة وكون الحجامة بأمر المولى والملاك ، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن . ووجه ذلك أن الملاك ليس بمقارن ، وإنما هو بالسراية بعد تسليم العمل

(قوله فلأنه إذا انكسر في الطريق الخ) أقول : لتلليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما في الجامع ، إل قوله : والملاك) أقول : فيه بحث (قوله ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن) أقول : لأن التخصيص بالذكر في الروايات يفيد في الحكم مما عدا (قوله ووجه ذلك أن الملاك ليس بمقارن) أقول : لا يخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل ، وإنما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل .

لأنه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلحة من العمل ، ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه ، لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد . قال (والأجير الخاص الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) وإنما سمي

بعلم التجاوز ساكتة عن الإذن ، ورواية الجامع الصغير ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز ، فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما سكت عنه رواية الجامع الصغير بياناً لما سكت عنه رواية المختصر . فيستفاد بمجموع الروایتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان ، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اهـ . وأما صاحب العناية فقال وكل منها يشتمل على نوع من البيان . أما في القدورى فلائنه ذكر عدم التجاوز عن الموضوع المتعاد ، ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن ، وأما في الجامع الصغير فلائنه بين الأجرة وكون الحجابة بأمر المولى والملاك ، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن اهـ كلامه . أقول : في بيانه خلل ، فإنه جعل الملاك أيضاً من البيان الذى في عبارة الجامع الصغير ، وليس بسديد إذ لا شك أن مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان أن في كل واحد منهما نوعاً من البيان مخصوصاً به والملاك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما ، فإنه قال في مختصر القدورى : فبما عطف من ذلك ، وقال في الجامع الصغير : ففقت وفي كل واحد منهما معنى الملاك ، بل ما في مختصر القدورى صرح في ذلك بما في الجامع الصغير ، فإن أهل اللغة فسروا عطف بهلاك وتفق بمات (قوله والأجير الخاص الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل) قال صاحب العناية : وقد ذكرنا ما يرد على الأجير المشترك . والجواب عنه فليكن مثله هاهنا اهـ . أقول : لا يذهب على الفطن أن مثل الجواب المذكور هناك عن الإيراد على تعريف الأجير المشترك بأنه تعريف دورى لا يمتشى هاهنا ، يظهر ذلك بأدنى وجه وتدبر فكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال : وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى . ولم يتعرض للجواب ، لكن في تحريره أيضاً ركاكة ، لأن المذكور فيما تقدم تعريف الأجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الأجير الخاص وما ورد فيه

والتحرز عنها غير ممكن لأنه أى السراية يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم ، وما هو كذلك مجهول ، والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلحة من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ، ولا كذلك دق الثوب ونحوه لأن الملاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار ، والتحرز عنه ممكن لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد . فإن قيل : قد علم من رواية الكتائب أن الحجام إذا حجم العبد بإذن مولاه وتجاوز المتعاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت . أجب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن الختان إذا ختن فقطع الحشفة فإن برئ فعليه ضمان كمال الدية ، وإن مات فعليه نصف بدل نفسه . فإن قيل : هذا يخالف لجميع مسائل الدييات فإنه كلما ازداد أثر جنايته انتقص ضمانه . أجب بأن عمداً قال في النوادر : إنه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهى عضو مقصود لا ثانی له في النفس فيقتدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان . وأما إذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضمان نصف بدل النفس لذلك ، فإن قيل : التصنيف في البدل يعتمد التساوى في السبب وقد اتفق ، لأن قطع الحشفة أشد إقصاء إلى التلف من قطع الجلدة لا بخلافه فكان كقطع اليد مع حرز الرقبة . أجب بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافاً وأن لا يقع إتلافاً ، والضفاوت غير مضبوط فكان هذا هدراً بخلاف الحر فإنه لا يحتمل أن لا يقع إتلافاً . قال (والأجير الخاص الخ) الأجير الخاص هو الذى يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ، كمن استؤجر شهراً لخدمة شخصين أو لرعى غنمه ، وقد ذكرنا ما يرد على الأجير المشترك . والجواب عنه فليكن

قال المصنف : لأنه يبتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول : ذكر الضمير لكونها في تأويل أن مع الفعل ، والمراد لأن السراية وجوداً وعملاً تبتنى (قوله سمي إن الختان إذا ختن فقطع الحشفة) أقول : وفي حصة التبريع كلام ، ثم قوله الحشفة بالهاء المهملة (قوله فليكن

أجبر وحده لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل المنافع ولهذا يبيى الأجر مستحقا وإن نقض العمل . قال (ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه ، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة ، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس ، والأجير الواحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس . وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً منابه فيصير فعله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمه ، والله أعلم بالصواب .

فابغى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة ، اللهم إلا أن يصار إلى حلف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مثله وما ورد فيه من الشبهة (قوله لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعمالا كثيرة رغبة في كثرة الأجر ، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه ، وكذا في العناية أخذاً من الكافي . قال بعض الفضلاء : فيه بحث ، فإن حكما بالضمان إنما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب ، وما ذكرناه يدل على أن ذلك لئلا يقصر الأجير في الحفظ انتهى . أقول : هذا البحث ساقط جدا ، إذ الظاهر أن ما ذكر هنا حكمة حكما بضمان الأجير المشترك ، وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجوه إنما هو دليل حكما بذلك فلا تنافي بينهما أصلا ، على أنه لو كان ما ذكر هنا أيضا دليلا لاحكامه لم يلزم محذور قط ، إذ لا تنافي بين ما ذكر هنا وما ذكر فيما مر ولا تعارض ، فلا مانع عن كون هذا وذاك معا دليلا على الحكم .

يمثله هاهنا ، وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر (قوله ولهذا) أي ولأن الأجر مقابل المنافع والمنافع مستحقة له (يبيى الأجر مستحقا وإن نقض العمل) على بناء المفعول ، بخلاف الأجير المشترك . فإنه روى عن محمد في خياط خاطب ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب ، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بمحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل ، وإن كان الخياط هو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل ، وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن ، بخلاف ما إذا فتقه أجنبى لأنه يفتق الأجنبى لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلا ، ولو كان أجيرا خاصا ففقهه استحق الأجر (ولا يضم من تلف في يده) بأن سرق منه أو غاب أو غصب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدم في عمله أو تحرق الثوب من دقه إذا لم يعتمد الفساد ، فإن تعدد ذلك ضمن كالمدوخ إذا تعدى (أما الأول) وهو ما إذا تلف في يده (فلأن العين أمانة في يده لحصول القبض بإذنه ، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما ، لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعيانا كثيرة رغبة في كثرة الأجر ، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه (والأجير الواحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس . وأما الثاني) وهو ما إذا تلف من عمله (فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها ، والأمر بالتصرف فيها (فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير المأمور) أي الأجير (نائباً منابه فصار فعله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمه ، والله أعلم)

يمثله هاهنا (أقول وفيه بحث) قوله ولو كان أجيرا خاصا فنقضه (أقول : يعني نقضه أجنبى) قوله لحصول القبض بإذنه (أقول : القبض بالإذن حاصل في المدوخ بأجر وهو ضامن لما تلف في يده فكان المناسب أن يقول : ولا أجر للحفظ ، إلا أنه لم يذكره لظهوره عما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها) أقول : فيه بحث ، فإن حكما بالضمان إنما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب ، وما ذكرناه يدل على أن ذلك لئلا يقصر الأجير في الحفظ . والأظهر أن يقال : وكذا عندهما لعدم جريان وجهي الاستحسان في أجير الواحد فيقي على القياس .

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

(وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم ، وإن خطته روميا فبدرهمين جاز ، وأى عمل من هذين العاملين عمل استحق الأجر به) وكذا إذا قال للصباغ إن صبغت بعضف فبدرهم ، وإن صبغت بزعفران فبدرهمين ، وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال : آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة ، وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال : آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا ، وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء ، وإن خيره بين أربعة أشياء لم يميز . والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة ، غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع ، وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير العقود عليه معلوما ، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار (ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم ، وإن خطته غدا فبنصف درهم :

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين ، لأن الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك ، إلى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار) استشكل صاحب التيسيل هذا الفرق حيث قال : أقول الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكرنا ، وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في محوقوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة . وهي تفضي إلى النزاع في تسليم العين وتسلمه ، إذ المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي أن لا تصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه . وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك الاستشكل في صورة أن يكون من عند نفسه . ويمكن الجواب بأن يقال إن الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية إلى النزاع حين وجوب الثمن إلا بإثبات الخيار ، والأجرة في باب الإجارة لا تنجب بمجرد العقد بل بالعمل ، وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لاجتماع فلا حاجة إلى إثبات الخيار ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس هذا الجواب بشيء إذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكرنا في الفرق هاهنا ، والإشكال المزبور إنما يتجه بعد ذلك ، فإن الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تفضي إلى النزاع في تسليم العين وتسلمها

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين ، لأن الواحد قبل الاثنين . قال (وإذا قال للخياط الخ) إذا قال رجل للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وإن خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق ، وأى العاملين عمل استحق الأجر المسمى له ، وكذلك إذا كان التردد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين ، وكذلك إذا كان بين ثلاثة أشياء ، أما إذا كان بين أربعة أشياء فلم يميز ، والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع ، وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل ، وعند ذلك يصير العقود عليه

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

(قوله إذا قال رجل للخياط إن خطت هذا الثوب) أقول : فإن قيل : أليس هذا تعليقاً والإجارة لا تقبله ، قلنا : ليس هذا تعليقاً لعقد الإجارة بأمر آخر كأن يقول إن جاء زيد فقد آجرتك داري هكذا وهو الذي لا يقبله العقد ، أما ذكر العقد بسيطة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) أقول : يعني خيار التعيين .

فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم . وفي الجامع الصغير : لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم . وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان (قال زفر : الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد ، وقد ذكر بمقابلته بدلان على البذل فيكون مجهولا ، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان .

فلا يبقى الشك للعمل نفسه ، إذ العمل في نحو استئجار الدار إنما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها ، وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل في دفع أصل الإشكال (قوله وقال زفر : الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البذل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لأنه حال أفراد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت ، حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر ، فكذا هاهنا . وذكر الغد للترفيه لأنه حال أفراد العقد في الغد بأن قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا هاهنا ، إذ ليس لتعدد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان . أما في اليوم فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم . وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غدا ، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بيدلين على سبيل البذل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو نصف درهم ، وهو باطل لكون الأجر مجهولا وذلك يفضي إلى النزاع ، كذا في الشروح والكاقي . قال صاحب العناية بعد ذلك البيان . والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل ، فإن به يتعين الأجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن زوال الجهالة بوقوع العمل إنما يتصور إذا لم يجمع في كل يوم تسميتان ، ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة

معلوما ، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار . وإذا قال : إن خطته اليوم فيدرهم وإن خطته غدا فينصف درهم . قال أبو حنيفة : الشرط الأول جائز والثاني فاسد ، فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر مثله . وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان ، ففي أيهما خاط استحق المسمى فيه . وقال زفر : الشرطان فاسدان لأن العمل الواحد قابل بيدلين على البذل وذلك يفضي إلى الجهالة المفضية إلى النزاع ، وبين ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لأنه حال أفراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر فكذا هاهنا . وذكر الغد للترفيه لأنه حال أفراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا هاهنا إذ ليس لتعدد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان ، أما في اليوم فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم ، وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق ، لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غدا ، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بيدلين على البذل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو نصف درهم وهو باطل لكون الأجر مجهولا . والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فإن به يتعين الأجر للزومه عند العمل كما تقدم . ولما أن ذكر اليوم للتوقيت لأنه حقيقة فكان قوله إن خطته اليوم فيدرهم مقتصرا على اليوم ، فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد بل يتقضى بانقضاء الوقت ، وذكر الغد للتعليل : أي للإضافة لأن الإجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة ، وإذا كان للإضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل يوم تسميتان

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول : فيه بحث ، إذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم ، فالأول هو العرض للمقدمات دليلا ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول : آتينا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول : فيه شيء . بل حقيقته التعليق لمكان أن ، وجوابه ظاهر ، فإنه قال : ذكر الغد للإضافة وهي حقيقة ، ودخول إن به

ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت . وذكر الغد للتعليل فلا يجمع في كل يوم تسميتان ، ولأن التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين . ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليل حقيقة ،

قطعا لأن العمل المشروط أمر واحد ، ففي أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البذل . فالوجه في الجواب عن دليل زفر من لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الأئمة ، ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليل فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية : وفيه كلام . وهوان الإمامين جعل اليوم في مسألة أن يستأجر ليخبر له اليوم كذا بكذا لتعجيل هربا عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الأمر الباطل هاهنا انتهى . أقول : هذا الكلام ظاهر الانتدفاع ، لأن الإمامين إنما حلا اليوم هاهنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها إلى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح ، وإنما جعل اليوم في مسألة الخبر لتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة إلى المجاز هناك وهو بصرح العقد . فإن الأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن . وإنما أمكن هناك جعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقيمين على أصلهما . ولقد أفصح ٤٤ ذكرنا تاج الشريعة حيث قال : فإن قلت : قد جعلنا ذكر اليوم في مسألة خبر الخاتم للتعجيل فاهما لم يجعلنا كذلك هاهنا ؟ قلت : هنالك حلا على المجاز تصحيحا للعقد وهاهنا حلا على الحقيقة للتصحيح أيضا إذ لو عكس الأمر في الفصلين يلزم إبطال ما قصد الماعقدان من صحة العقد . والأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه (قوله ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليل حقيقة) ومراده بالتعليل الإضافة : أي للإضافة حقيقة . لأن الإجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فتكون مرادة ، كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم : ولهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للإضافة . وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليل هنا بالإضافة : ويعوز أن يقال : عبر عن الإضافة بالتعليل إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة ، لأن التسمية الأولى باقية ، وإنما هو لحظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليل : أي لتعليل الحظ بالتأخير وهو يقبل التأخير ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه بحث ، إذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد مجرد تعليل حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى : يجمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويفسد الثاني ، إذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد إلا تسمية واحدة هي التسمية الأولى ، ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجوز ذلك المعنى هاهنا إفساد للدليل أبي حنيفة بل لدعاه أيضا ، فكأنه إنما أغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فإنه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليل أثناء تقرير دليل الإمامين . المراد من التعليق الإضافة ، لأن تعليق الإجارة لا يجوز وقال : أو نقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير إلى الغد وذلك جائز لتعليل الإجارة انتهى . ولكن لا ينفي على القطن أن تجوز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الإمامين لا يستلزم محذورا يستلزمه تجويزه أثناء تقرير دليل أبي حنيفة ، فلهما يقولان :

(قوله ولأن التعجيل والتأخير مقصود) دليل آخر لهما ، ومعناه أن المحقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة ، فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية (ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليل حقيقة) أي للإضافة ، ويجوز أن يقال : عبر عن الإضافة بالتعليل إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة ،

التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول : لا يقال هذا بخلاف لما قاله آغا من أن ذكر اليوم للتأقيت ، لأنه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم ، بل إنه لازم من أوازم معناه فتأمل ، ويجوز أن يحمل الكلام على الإلزام (قال المصنف : ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليل حقيقة .

ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ، وإذا كان كذلك

لا يمتنع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك ، بخلاف قول أبي حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فإننا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركا ، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحدهما متنافيان لتناقى لوازمهما ، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل ، وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة ، وتناقى اللوازم يدل على تنافى الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل ، كذا في العناية وغيرها . أقول : يشكل هذا بمسئلة الراعي فإنه يجتمع فيها العمل والوقت ، وتصح الإجارة بالاتفاق ، ولا يعمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد ، بل يعتبر الأجير أجيرا مشتركا إن وقع ذكر العمل أولا ، وأجير وحده إن وقع ذكر المدة أولا ، صرح بذلك في عامة المعتررات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني . قال صاحب الكافي : وفي المسئلة إشكال هائل على قول أبي حنيفة رحمه الله ، فإنه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى أجاز العقد ، وفي مسئلة الخاتم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره . والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز . وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا إلى المجاز بهذا الدليل ، ولم يتم مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مرادا فنفس العقد ، انتهى كلامه . وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوبا فلخصهما صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الإشكال . والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا إلى ظاهر الحال . والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بوجود ، بخلاف ما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى . أقول : يشكل الجواب المذكور عن ذلك الإشكال بمسئلة أخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ، ولو قال إن خطئه اليوم فلك درهم وإن خطئه غدا فلا أجر لك ، قال محمد في الأمالي : إن خطا في اليوم الأول فله درهم : وإن خطا في اليوم الثاني فله أجر مثله لايزاد على درهم في قولهم جميعا . لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينافي وجوبه في اليوم الأول ، ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينافي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقدا لتسمية فيه فيجب أجر المثل ، انتهى لفظ المحيط . فإن أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الأول في هاتيك المسئلة كما أفسده في حالة الانفراد مع أنه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه ،

لأن التسمية الأولى باقية : وإنما هو لحظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر العقد للتعليل : أي لتعليل الخطب بالتأخير وهو يقبل التأخير . وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير إلى المجاز ، وإذا كان للإضافة لا يمتنع تسميتان في اليوم (ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فإننا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركا ، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحدهما متنافيان لتناقى لوازمهما ، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل ، وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة ، وتناقى اللوازم يدل على تنافى الملزومات ، ولذلك عدلنا عن

ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت أقول : قبل إذا تأملت في كلام الهداية : أنه قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية . فإن صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقة : أي التوقيت لزوم فساد العقد ، ومنه يفهم أنه حمل على مجاز هذا المناط ، إذ القرينة المانعة من إرادة الحقيقة في صورة تمين المجاز كافية في الحمل على المجاز على ما عرفت . نعم لو جعل المناط من أول الأمر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لأنه زاد له في الأجر من خطا في اليوم ونقص من آخر ، وهو دليل أن اليوم للتعجيل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غيرية ، ولكن على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على مالا يخفى ، وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيد تأمل . وفي كتاب الصرف في مسئلة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصا في شرح ابن الهمام (قوله لأن التسمية الأولى باقية ، وإنما هو لحظ النصف الآخر الخ) أقول : تأمل كيف اجتمع حيث في الفند التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التأخير) أقول : كان الظاهر أن يقول : وهو يقبل التعليل كما لا يخفى ، لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة للتمار على ما مر مرارا .

يُتَجَمَّعُ فِي الْغَدِ تَسْمِيَتَانِ دُونَ الْيَوْمِ ، فَيَصْصَحُ الْيَوْمُ الْأَوَّلُ وَيَجِبُ الْمَسْمِيُّ . وَيُفْسَدُ الثَّانِي وَيَجِبُ أَجْرُ الْمَثَلِ لَا يَجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دَرَاهِمٍ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَسْمِيُّ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي . وَفِي الْجَمَاعِ الصَّغِيرِ لَا يَزِيدُ عَلَى دَرَاهِمٍ وَلَا يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دَرَاهِمٍ ، لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الْأُولَى لَا تَنْتَعِدُ

إِذَا لَشَكَ أَنْ قَوْلَهُ إِنْ خَطَّتْهُ غَدَا فَلَا أَجْرَ لَكَ لَا يَكُونُ دَلِيلًا عَلَى عَدَمِ إِرَادَةِ مَا كَانَ ذِكْرُ الْيَوْمِ حَقِيقَةً فِيهِ وَهُوَ التَّوَقُّيتُ . بَلْ يَكُونُ دَلِيلًا عَلَى إِرَادَةِ حَقِيقَةِ ذَلِكَ . إِذَا لَمْ يَكُنْ مَرَادُهُ التَّوَقُّيتُ لَمَّا نَبَى الْأَجْرَ بِالْكَلِيَّةِ فِي الْغَدِ . وَإِذَا كَانَ التَّوَقُّيتُ مَرَادًا بِذِكْرِ الْيَوْمِ فِي تِلْكَ الصُّورَةِ يَشْكَلُ الْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَسْئَلَةِ الْخَاتِمِ جَدًّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَلْيَتَأَمَّلْ . وَاسْتَشْكَلَ الْجَوَابُ الْمَذْكُورُ بَعْضُ الْفَضْلَاءِ بِوَجْهِ آخَرَ حَيْثُ قَالَ : وَلَا يَدُّ لَأَبِي حَنِيفَةَ مِنْ بَيَانِ دَلِيلِ الْهَاجِزِ فِيمَا إِذَا قِيلَ خَطَّهُ الْيَوْمُ بِدَرَاهِمٍ حَيْثُ حُلَّ ذِكْرُ الْيَوْمِ عَلَى التَّعْجِيلِ . وَقَالَ : وَيُتَوَخَّصُ أَنْ يَكُونَ الدَّلِيلُ عَلَيْهِ صِغَةً الْأَمْرِ فَلَهَا تَدُلُّ عَلَى كَوْنِ الْخِيَاطَةِ مَطْلُوبَةً فَلَا يَكُونُ ذِكْرُ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ ، وَقَالَ : وَفِيهِ تَأَمَّلْ أَنْتَهَى . أَقُولُ : لَا يَتَوَخَّصُ هَذَا الِاسْتِشْكَالُ رَأْسًا إِذْ لَا نَسْلَمُ أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ حُلَّ ذِكْرُ الْيَوْمِ عَلَى التَّعْجِيلِ فِي الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ ، بَلْ الظَّاهِرُ أَنَّهُ عَلَى أَصْلِهِ هُنَاكَ أَيْضًا مِنْ أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ ذِكْرِ الْوَقْتِ وَذِكْرِ الْعَمَلِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ حَالَةَ الْإِفْرَادِ . وَإِنِّي تَتَبَعْتُ عَامَةَ الْمُعْتَبَرَاتِ وَلَمْ أَجِدْ فِي شَيْءٍ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْعَقْدِ فِي الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . بَلْ وَجَدْتُ فِي بَعْضِ مِنْهَا التَّصْرِيحَ بِعَدَمِ صِحَّةِ الْعَقْدِ فِي تِلْكَ الصُّورَةِ ، فَإِنَّ الْإِمَامَ الرَّاهِدِيَّ قَالَ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ نَقْلًا عَنْ شَرْحِ الْأَقْطَعِ : وَلَوْ قَالَ خَطَّ هَذَا الثَّوْبَ الْيَوْمَ وَلَكَ دَرَاهِمٌ لَمْ يَصِحَّ بِلَهَالَةِ الْعَقْدِ عَلَيْهِ أَنَّهُ الْمُدَّةُ أَوِ الْعَمَلُ أَنْتَهَى . نَعَمْ قَدْ قِيلَ فِي الْكَافِي وَكَثِيرٍ مِنَ الشُّرُوحِ فِي أَثْنَاءِ بَيَانِ دَلِيلِ زُفَرٍ فِي الْمَسْئَلَةِ الَّتِي نَحْنُ بِصَدِّهَا تَوْضِيحًا لِقَوْلِهِ إِذَا ذَكَرَ الْيَوْمَ لِلتَّعْجِيلِ لَا لِلتَّوَقُّيتِ . وَلِهَذَا أَوْ أَرَدَ الْعَقْدَ فِي الْيَوْمِ بِأَنْ قَالَ خَطَّهُ الْيَوْمَ بِدَرَاهِمٍ كَانَ لِلتَّعْجِيلِ لَا لِلتَّوَقُّيتِ ، حَتَّى لَوْ خَاطَهُ فِي الْغَدِ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ فَكَذَا هَاهُنَا أَنْتَهَى . لَكِنْ الظَّاهِرُ أَنَّ ذَلِكَ الْقِيَاسَ الْمَذْكُورَ فِي دَلِيلِ زُفَرٍ إِنَّمَا يَنْهَضُ حُجَّةً عَلَى الْإِمَامِيِّينَ . فَلَهَا يَقُولَانِ بِالتَّعْجِيلِ حَالَةَ الْإِفْرَادِ لَا عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَتَدْبِرُ (قَوْلُهُ وَفِي الْجَمَاعِ الصَّغِيرِ : لَا يَزِيدُ عَلَى دَرَاهِمٍ وَلَا يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دَرَاهِمٍ ، لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الْأُولَى لَا تَنْتَعِدُ

الْحَقِيقَةَ الَّتِي هِيَ التَّأْقِيتُ إِلَى الْهَاجِزِ الَّذِي هُوَ التَّعْجِيلُ (وَحِينَئِذٍ تَجْتَمِعُ فِي الْغَدِ تَسْمِيَتَانِ دُونَ الْيَوْمِ فَيَصْصَحُ الْأَوَّلُ وَيَجِبُ الْمَسْمِيُّ وَيُفْسَدُ الثَّانِي وَيَجِبُ أَجْرُ الْمَثَلِ) وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ : فِي جَمَلِ الْيَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ صِحَّةُ الْإِجَارَةِ الْأُولَى وَفُسَادُ الثَّانِيَةِ . وَفِي جَمَلِهِ التَّوَقُّيتُ فَسَادُ الْأُولَى وَصِحَّةُ الثَّانِيَةِ ، وَلَا رَجْعَانِ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ فَكَانَ تَحْكَامًا . وَالْجَوَابُ أَنَّ فَسَادَ الْإِجَارَةِ الثَّانِيَةِ يُلْزَمُ فِي ضَمَنِ صِحَّةِ الْأُولَى وَالضَّمْنِيَّاتِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ . وَاسْتَشْكَلَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بِمَسْئَلَةِ الْخَاتِمِ ، فَإِنَّهُ جَعَلَ فِيهَا ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ وَأَفْسَدَ الْعَقْدَ ، وَهَاهُنَا لِلتَّعْجِيلِ وَصَحَّهُ . وَأَجِيبُ بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ حَقِيقَةٌ لَا يَتَرَكُ إِذَا لَمْ يَمْنَعْ عَنْ ذَلِكَ مَانِعٌ كَمَا نَحْنُ فِيهِ ، فَإِنَّ الْحَمْلَ عَلَى الْحَقِيقَةِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ فَتَعَنَّاهُ ذَلِكَ عَنِ الْحَمْلِ عَلَيْهِ ، وَقَامَ الدَّلِيلُ عَلَى الْهَاجِزِ وَهُوَ تَقْصَانُ الْأَجْرِ لِلتَّأَخِيرِ ، بِخِلَافِ حَالَةِ الْإِفْرَادِ فَإِنَّهُ لَا دَلِيلَ ثَمَّةَ عَلَى الْهَاجِزِ فَكَانَ التَّأْقِيتُ مَرَادًا وَفُسَدَ الْعَقْدَ . وَرَدَّ بِأَنَّ دَلِيلَ الْهَاجِزِ قَائِمٌ ثَمَّةَ وَهُوَ تَصْصِيحُ الْعَقْدِ عَلَى تَقْدِيرِ التَّعْجِيلِ فَيَكُونُ مَرَادًا نَظَرًا إِلَى ظَاهِرِ الْحَالِ . وَالْجَوَابُ أَنَّ الْجَوَازَ بِظَاهَرِ الْحَالِ فِي حَيْزِ الزَّوَاجِ فَلَا يَدُّ مِنْ دَلِيلٍ زَائِدٍ عَلَى ذَلِكَ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ تَقْصَانِ الْأَجْرِ دَلِيلٌ زَائِدٌ عَلَى الْجَوَازِ بِظَاهَرِ الْحَالِ . وَمَا ذَكَرْنَا عِلْمَ أَنَّ قِيَاسَ زُفَرٍ حَالَةَ الْاجْتِمَاعِ بِخِلَافِ الْإِفْرَادِ فَاسِدٌ لَوْجُودِ الْفَارَقِ ، وَإِذَا وَجِبَ أَجْرُ الْمَثَلِ فَقَدْ اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا خَاطَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي . رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي أَجْرٌ مِثْلُهُ لَا يَجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دَرَاهِمٍ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَسْمِيُّ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي . قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : هِيَ الصَّحِيحَةُ (وَفِي الْجَمَاعِ الصَّغِيرِ لَا يَزِيدُ عَلَى دَرَاهِمٍ وَلَا يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دَرَاهِمٍ ، لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الْأُولَى لَا تَنْتَعِدُ

(قَوْلُهُ وَقَامَ الدَّلِيلُ عَلَى الْهَاجِزِ وَهُوَ تَقْصَانُ الْأَجْرِ لِلتَّأَخِيرِ) أَقُولُ : وَلَا يَدُّ لَأَبِي حَنِيفَةَ مِنْ بَيَانِ دَلِيلِ الْهَاجِزِ فِيمَا إِذَا قِيلَ خَطَّهُ الْيَوْمَ بِدَرَاهِمٍ حَيْثُ حُلَّ ذِكْرُ الْيَوْمِ عَلَى التَّعْجِيلِ ، وَجَوِزُ أَنْ يَقَالَ الدَّلِيلُ عَلَيْهِ صِغَةً الْأَمْرِ فَلَهَا تَدُلُّ عَلَى كَوْنِ الْخِيَاطَةِ مَطْلُوبَةً فَلَا يَكُونُ ذِكْرُ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ فِيهِ تَأَمَّلْ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّ تَقْصَانِ الْأَجْرِ دَلِيلٌ) أَقُولُ : يَعْنِي دَلِيلٌ عَلَى الْهَاجِزِ (قَوْلُهُ زَائِدٌ عَلَى الْجَوَازِ بِظَاهَرِ الْحَالِ) أَقُولُ : وَلَهُ عَلَى الْجَوَازِ مِثْلُ قَوْلِهِ زَائِدٌ (قَوْلُهُ وَفِي الْجَمَاعِ الصَّغِيرِ لَا يَزِيدُ عَلَى دَرَاهِمٍ وَلَا يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دَرَاهِمٍ) أَقُولُ : لَا يَقَالُ كَانَ الْوَاجِبُ

في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان، فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح ، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى (ولو قال : إن سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر ، وإن سكنته حدادا فبدرهمين جاز ، وأى الأمرين فعل استحق الأجر المسمى فيه عند أبي حنيفة . وقالا : الإجارة فاسدة ، وكذا إذا استأجرينا على أنه إن سكن فيه عطارا فبدرهم وإن سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : لا يجوز . ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف . وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حل عليها كرت شعير فينصف درهم ، وإن حل عليها كرت حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : لا يجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول ، وكذا الأجر أحد الشئتين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد ، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة . أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة ، وهذا الحرف هو الأصل عندهما . ولأبي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية ، وهذا لأن مكانه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ، ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أحوالها ،

في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان (أقول : فيه نظر ، إذ قد تقرر في أول باب الإجارة الفاسدة أن التسمية في الإجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان أصلا ، بل يجب أجر المثل وإن نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية هاهنا لمنع النقصان وهلا هذا مخالفا لما تقرر (قوله أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة ، وهذا الحرف هو الأصل عندهما) قال صاحب التسهيل : يرد على أصلهما مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين ، فإن الأجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الإجارة ثمعندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقا لإلا عند زفر ، انتهى

لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح ، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى (وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه . قال (ولو قال : إن سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال : إن سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم ، وإن سكنته حدادا فبدرهمين ، وكذا إن استأجرينا فقال إن سكنت فيه عطارا فبدرهم ، وإن سكنت فيه حدادا فبدرهمين . ولو استأجر دابة إلى الحيرة على أنه إن حل عليها كرت شعير فبدرهمين ، وإن حل عليها كرت حنطة فبدرهم فلذلك كله جائز عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وإن استأجرها إلى الحيرة بدرهم فإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف . وإنما قال ذلك لأن هذه المسئلة ذكرت في الإجماع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في نظائرها . وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشئتين ، وكذلك الأجر أحد الشئتين وهو مجهول ، والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان . فإن قيل : مسألة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة للمعقود عليه فكانت صحيحة . أجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر ثمعندهما يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة . أما في هذه المسائل فالأجر يجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة . وهذا الحرف : أى قوله يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الأصل عندهما . ولأبي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية ، وهذا أى كونهما مختلفين لأن مكانه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ؛ ألا ترى أنه أى إسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا

في جهالة المسمى أجر المثل بالناسخ مبالغ للفرق الظاهر بين الجهالين ، فإن هنا بعض التعمين بل كل التعمين بالنظر إلى لفظ المؤجر (قوله والتسليم في العبد) أقول : فيه شيء ، وكان الظاهر أن يقال : والتسليم في الدابة .

والإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ، ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به .

(باب إجارة العبد)

كلامه . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن الأجر وإن وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل إلا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية ، بل لابد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد . فإتهم صرحوا بأنه إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه ، وإن ساقها معه إلى الكوفة فلم يركبها وجبت الأجرة انتهى . في مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين . بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به) يعني ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية والتسليم ، بأن يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الأجرين اللذين سما في العقد للتيقن به . أقول : القائل أن يقول : لو جاز الأخذ بالأقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الإجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الإجارة فيما إذا سمي لعمل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البذل كأن قال : خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم ، أو قال : اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم وجب أقل الأجرين اللذين ساهما ولم يقل به أحد فتأمل في الدفع ، والله الموفق .

(باب إجارة العبد)

قال صاحب التباية : لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحرّ شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد ، إذ العبد منقطع الدرجة عن الحرّ فأنقطع ذكره عن ذكر الحرّ لذلك انتهى . واتفق أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه . وقال صاحب غايه البيان : لما كان إجارة الرقيق نوعاً من أنواع الإجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ، وأخر ذكرها لأن الجنس مقدم على النوع ، وقال : هذا ما لاح لي من وجه المناسبة ، وما قيل في بعض الشروح إن العبد منقطع الدرجة عن الحرّ فأنقطع ذكره عن ذكر الحرّ لذلك ففيه نظر ، لأن صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب ، وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب ، وترجم الباب بإجارة العبد كما ترجم في الأصل بإجارة الرقيق للخدمة وغيرها ، وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه أن العبد منقطع الدرجة عن الحرّ لأنه لا ولاية له أصلاً فلا يصح تصرفه في شيء إلا بإذن المولى وهذا مسلم ، ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لأنه لم يوجد منه تصرف أصلاً في عقد الإجارة لا أصالة ولا نيابة ، بل هو محل التصرف وموقع عقد الإجارة كالدابة ونحو ذلك ، فعلم بهذا أن غرض المصنف لم يكن إلا تنويع المسائل ، إلى هنا كلامه . أقول : في الوجه الذي لاح له نظر ، لأن مجرد كون

في أنحواتها (قوله والإجارة) جواب عن قوله يجب الأجر بالتخلية الخ ، وتقديره أن الإجارة (تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به (ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية) بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الأجرين للتيقن به) ،

(باب إجارة العبد)

تأخير ذكر إجارة العبد عن إجارة الحرّ لا يحتاج إلى بيان لظهور وجهه بالمحطاط درجته

(باب إجارة العبد)

(قوله تأخير ذكر إجارة العبد) أقول : أي نفسه ، وإجارة الغير إياه ذكرت استطراداً ، وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطراداً

قال (ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينظمها الإطلاق ،

الجنس مقدا على النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب إلى هنا ، فإن مسائل كثيرة من الأبواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لاعامة للجنس ، ألا يرى أن مسائل باب الإجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الإجارة ، وكذا مسائل باب الإجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان إلى غير ذلك من المسائل الأخرى المتقدمة ، وإنما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الإجارة من الأحكام العامة للجنس الإجارة دون غيرها من الأحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب . وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير إجارة العبد : أي نفسه وقال وإجارة الغير إياه ذكرت استطرادا ، وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج ، فعلى هذا الإجارة مضاف إلى الفاعل ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل . أما أولا فلأن الإجارة في اللغة اسم للأجرة وهي كراء الأجير ، صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ، ولم يسمع عجيء هذه الكلمة مصدرا قط ، وإنما المصدر من الثلاثي الأجر ، ومن المزيد عليه الإيجار والمواجرة ، فلم يتصور أن يكون للإجارة فاعل ومفعول ، فلم يصح القول بأن الإجارة هاهنا مضاف إلى الفاعل وأن المعنى إجارة العبد نفسه . وأما ثانيا فلأن المذكور في هذا الباب خمس مسائل : ثنتان منها متعلقتان بإيجار العبد نفسه ، وثلاث منها متعلقات بإيجار الغير إياه ، فحمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله وإجارة الغير إياه ذكرت استطرادا مما لا يقبله فطرة سليمة . ثم أقول : في دفع ما أورده صاحب النهاية من النظر أن انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيها إذا وجد من العبد تصرف في عقد الإجارة ، كذلك يظهر له أثر فيها إذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ، ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الإجارة ، إذ لاشك أن في كل من تينك صورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره ، وبالرفق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة . ولا ريب أن اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل إنما هو لانحطاط درجته عن الحر ، فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه : آخر الأحكام التي تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجهها جاريا في صورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ، ولكن لو كان مراد المصنف هذالم يبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ ، إذ مداره على أن لايجرى الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينأى عليه تعليله . ثم إن إضافة الإجارة إلى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الإضافة إلى الفاعل ولا من قبيل الإضافة إلى المفعول لما عرفت ، بل من قبيل الإضافة لأدنى الملاسة فتشمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الإجارة كما في بعض مسائل هذا الباب ، وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الإجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ، ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تأمل ترشد (قوله) ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك ، لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينظمها الإطلاق) فإن قيل : إن المستأجر في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون

(ومن استأجر عبدا لخدمته فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك ، لأن خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة) للاحالة (فلا ينظمها الإطلاق) واعترض بأن المستأجر في ملكه منافعه كالمولى، وللمولى أن يسافر بعبده فكذا للمستأجر. وأجيب بأن المولى إنما يسافر بعبده لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ، ونوقض بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة لأن المدعى أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته . وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الإجارة على الأجر بعد انتهاء

كما سبق في باب العشر والخراج ، فعلى هذا الإجارة مضاف إلى الفاعل (قوله واعترض بأن المستأجر) أقول : معارضة (قوله وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الإجارة على الأجر الخ) أقول : في الفصل الحادى عشر من المحيط البرهاني : وإذا استأجر عبدا بالكوفة ليستنجمه

ولهذا جعل السفر عدرا

للمستأجر أن يسافر بأجيره ؟ قلنا : إنما يسافر المولى بعبده لأنه يملك رقبته ، والمستأجر لا يملك رقبة أجيره . كذا في الكافي وعامة الشروح . وتقضى هذا الجواب بمن ادعى دارا وصاحبه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعى أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته . وأجيب بأن مائة الرد في باب الإجارة على الأجر بعد انتهاء العقد لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث أنه يقرر حقه في الأجر . فالمستأجر إذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مائة الرد وربما تربو على الأجرة . وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه : فالمدعى بالإخراج إلى السفر يلزم مؤنة الرد وله ذلك . كذا في العناية أخذنا من النهاية . أقول : لقاتل أن يقول : يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد إذا التزم مؤنة الرد وإن لم يرض به المؤجر . لأن حاصل هذا الجواب أنه إن سافر المستأجر بالعبد في باب الإجارة يترتب الضرر على المؤجر بإلزامه إياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد . ولا ينبغي أن ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع أن الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم شرط ذلك فتأمل . وطعن صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال : وهذا كما ترى انقطاع ، لأن الممل احتاج إلى أن يضم إلى عتله وهي قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدها وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد . ثم قال : ولعل الصواب أن يقال : لانسلم أن المستأجر في منافع العبد كالمولى . فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زمانا ومكانا ونوعا ، وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان . فيجوز أن يتقيد بما لا يتقيد به المولى والعرف يوجب ، أو دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا بوجه . انتهى كلامه . أقول : فإيا استصوبه نظر . لأنه ينتقض بمسئلة الصلح ، إذ لا شك أن المصالح أيضا لا يملك منافع العبد على الإطلاق كالمولى ، بل هو أيضا إنما يملكها بعقد ضروري هو عقد

العقد ، لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث أنه تقرر حقه في الأجر . فالمستأجر إذا سافر بعبده يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد ، وربما يربو على الأجرة . وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه . فالمدعى بالإخراج إلى السفر يلزم مؤنة الرد وله ذلك ، وهذا كما ترى انقطاع لأن الممل احتاج إلى أن يضم إلى عتله وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدها وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ، ولعل الصواب أن يقال : لانسلم أن المستأجر في منافع العبد كالمولى ، فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زمانا ومكانا ونوعا ، وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بزمان ومكان . فيجوز أن يتقيد بما لم يتقيد به المولى . والعرف يوجب ، أو دفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا بوجه . ولهذا جعل السفر عدرا) يعني إذا استأجر غلاما لخدمته في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عدو في فسخ الإجارة لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ، ولو منع من السفر تضرر فكان عدرا تفسخ به الإجارة

ولم يمين مكانا للخدمة كان له أن يستغفمه بالكوفة وليس له أن يستغفمه خارج الكوفة ، لأن سافر به ضمن . هكذا ذكر محمد المسئلة في إجازات الأمل . وذكر في صلح الأصل أن من ادعى دارا وصاحبه المدعى عليه على خدمة عبده سنة أن له أن يخرج بالعبد إلى أهله . قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح : لم يرد بقوله يخرج بالعبد إلى أهله أن يسافر به ، وإنما أراد به أن يخرج إلى أهله في القرى وأقضية البلد . قال : وهذا كما قلنا في باب الإجارة : من استأجر عبدا ليخدمه ليس له أن يسافر به ، وله أن يخرج إلى أهله وأقضية البلد . وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي يفرق بين مسئلة الإجارة ومسئلة الصلح . وكان يقول في مسئلة الصلح : لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة . وحكى عن الفقيه أبي إسحاق الحافظ أنه كان يقول : لأرواية عن محمد في فصل الإجارة ، فلقاتل أن يقول : للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في الصلح . ولقاتل أن يفرق بينهما ، وقد عثرنا على الرواية في الإجارة في إجازات الأصل على نحو ما كتبنا انتهى . فلمن من ذلك إمكان المنع في مسئلة الصلح فتأمل (قوله لأن المنفعة في النقل كانت له) أقول : يعني كانت للأجير (قوله وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه) أقول : الصلح يجب عمله على أقرب العقود إليه وأشدها لما أنه ليس عقدا برأسه فهذا الصلح محمول على الإجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعى عليه ، وإلا فما الفرق ؟ والجواب أن الفرق واضح فإن المدعى عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شيء ، والتفصيل في النهاية (قوله ويلزمه) أقول : أي يلزم الأجر (قوله وليس المستأجر كذلك)

فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار ، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر ، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبيح غيره داخلًا كما في الركوب (ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الإجارة صحيحة استئساناً إذا فرغ من العمل . والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد . وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضاراً على اعتبار هلاك العبد ، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة . وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو ضامن) لأنه أكل مال المالك بغير إذنه ، إذ الإجارة قد صحت على مامر . وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقويم به ، وهذا غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده .

الصلح مع أن له أن يسافر بالعبد ، بخلاف المستأجر فيحتاج إلى الفرق (قوله ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر ، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبيح غيره داخلًا كما في الركوب) قال بعض الفضلاء : الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهر انتهى . أقول : الفرق بينهما أن مدار الأول على أن خدمة السفري ما لا يدخل في إطلاق العقد رأساً بناء على انصراف مطلق العقد إلى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر ، ومدار الثاني على أن كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وإن كانتا داخليتين تحت إطلاق العقد إلا أن الخدمة في الحضر تعينت بقربية حال حضر العاقد ومكان العقد ، فبعد تعينها لا يبيح المحال للأخرى كما في الركوب ، فإنه إذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركه أولاً لتعينه الركوب فكذا هاهنا ، ويرشد إلى ما قرنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة الميسوط والخيرة في تحليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال : لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف ، ولأن الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا تلزمه موته الرد ، وربما يربو ذلك على الأجر فيتعين موضع العقد مكاناً للاستيفاء بدلالة المحال ، كذا في الميسوط والخيرة انتهى (قوله ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسئلة : ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً ففعل فأعطاه

(قوله فلا بد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينتظمها الإطلاق (ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فإذا تعينت الخدمة في الحضر عرفاً لا يبيح غيرها داخلًا كما في الركوب) فإنه إذا استأجر دابة لركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك هاهنا (ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً) ففعل (فأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يسترد منه الأجر استئساناً . وفي القياس له ذلك لأنه يقتضي أن لا تصح الإجارة لانعدام إذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما إذا هلك العبد) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب ، والأجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضاراً على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، وإذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترده منه) قال (ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله لم يضمن عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه ، إذ الإجارة قد صحت على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع ، والمحجور مأذون في المنافع . ولأبي حنيفة أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقويم بالإحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب ، إذ العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده ، وهذا لأن الإحراز إنما يكون بيد المالك أو يد نائبه ، ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لأنه في يد الغاصب . فإن قيل : الغاصب إذا استهلك ولد المصنوعة ضمنه ولا

أقول : والمصالح أيضاً ليس كذلك (قوله ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول : الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً .

(وإن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه) لأنه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعاً) لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز ، والأول منهما بأربعة) لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز أو نظراً إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة .

الأجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقتنى أثره صاحب العناية . أقول : فيه شيء . وهو أن وضع هذه المسئلة فيم إذا استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر . وقد تقرر عندهم ، وعرفت فيما مر غير مرة أن الأجير يصير بذكر الوقت أجيراً خاصاً ، وقد مر في باب ضمان الأجير أن الأجير الخاص هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعى الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة . نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الأجر ، فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه إياه من الأجر . إلا أنه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتماداً على ظهور كونه مراداً . فإن قلت : من زاد قيد فعمل أراد بالعمل تسليم النفس . قلت : لا يرى له وجه صحيح ، إذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام ، فإن العمل يوجد بدون تسليم النفس في الأجير المشترك مطلقاً ، وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الأجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل ؟ وإرادة تسليم النفس والإنصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز أو نظراً إلى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة : فإن قلت : هذا التعليل إنما يستقيم إذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين . قلت : رأيت في المبسوط والجامع

إحراز فيه . أوجب بأنه تابع للأمر لكونه جزءاً منها وهي محرزة ، بخلاف الأجر فإنه حصل من المنافع وهي غير محرزة (وإن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله ، ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعاً لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والمنافع مأذون فيه بقبول الحية ، وإذا كان مأذوناً له وهو العاقد رجع الحقوق إليه فكان له القبض . وفالذات تظهور في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة فإنه يحصل بالأداء إليه ووضع المسئلة فيما إذا أجر العبد المصنوب نفسه ، فإن أجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق ، وإن أجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة المولى لأنه العاقد (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز . والشهر الأول منهما بأربعة لأنه المذكور أولاً ، والمذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز) وذلك لأنه لما قال شهراً بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولاً ، والإجارة نفسد بالجهالة فصرفناه إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز ، كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهراً وسكت فإنه يتصرف إلى ما يلي العقد (أو نظراً إلى تنجز الحاجة) فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء حاجة تدعوه إلى ذلك ، والظاهر وقوعها عند العقد ، وإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف إلى ما يلي الأول ضرورة . قيل معنى هذا الكلام على أنه ذكر نكرا مجهولاً ، والمذكور في الكتاب ليس كذلك . وأوجب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه العهد لما كان في كلام المؤجر من النكر ، فكان المؤجر قال أجرت عبدي هذا شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة

(قوله أوجب بأنه تابع للأمر بكونه جزءاً منها وهي محرزة) أقول : لا يقال هذا بخلاف لما قاله الآن . من أن العبد لا يجوز نفسه لأن عدم إحرازه لنفسه لا ينافي كونه محرزاً في حق المالك (قوله قيل معنى هذا الكلام على أنه ذكر نكرا الخ) أقول : فيه بحث . فإن المصنف إنما يستدل بتنكير شهراً لا بتنكير شهرين ، فلا أساس لهذا السؤال ظاهراً ، ويجوز أن يقال قوله شهراً وشهراً تفصيل للشهرين بلغة التنكير فافهم هذا الاعتبار ، لكن لا يخفى عليك أنه لو ذكر المستأجر لفظ مرفراً كما في الكتاب فجواب الكتاب أيضاً ما ذكر (قوله وأوجب بأن المذكور) أقول : المحجب هو الإمام حيد الدين الضرير في حواشيه على الهداية ، ثم قال مولانا ظهير الدين : وقد رأيت كثيراً من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير والمتاب والإبيحاني والمدينة والفقه أنه لم يتعرض لقوله ملين ، بل فيه إذا استأجر عبداً شهرين بأربعة وشهراً بخمسة فقال : مولانا : تأملت فلم أجد له خلاصاً سوى هذا انتهى . ويقول الضعيف مستهيناً بأنه : يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين

(ومن استأجر عبدا شهرا ب درهم فقبضه في أوّل الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو أبقي أو مريض فقال المستأجر أبقي أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر ،

الصغير للعاني وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين ، بل في كل واحد منها استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ، ويحتمل أن يحمل قوله هذين على ما إذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين إلى الشهرين المتكررين اللذين دخلا تحت إيجاب المؤجر فينتي التنكير فصلح التعليل بنجس الحاجة لإثبات التعيين ، إلى هنا كلامه . واقضى أثره صاحب الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المتوال . ولكن بنوع تغيير تحرير في أوائل المقال . وقال صاحب العناية : قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك . وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر ، فكان المؤجر قال : آجرت عبدي هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ، فقال المستأجر استأجرت هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة . انتهى كلامه . أقول : لا الشبهة شيء ولا الجواب . أما الشبهة فلأن التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر في شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين ، إذ على تقدير تعريف الشهرين بصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع ، وهذا لا يقتضي أن يتعين الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وإيهامه ، فاحتيج إلى الاستدلال على كون الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا . وأما الجواب فلأنه لو كان المذكور في الكتاب قول المستأجر لما صح تنكير عبدا في قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين ، بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لأن بذلك يعلم أن الذي استأجره هو العبد الذي آجره المؤجر منه . على أن كون اللام في قول المستأجر للعهد إنما يتصور فيها إذا كان كلام المؤجر مقدما على كلام المستأجر في العقد ، وليس ذلك بلازم فإن أيا من المتعاقدين تكلم أولا يصير كلامه إيجابا ، فإذا قيل الآخر أترم العقد ، فحمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسئلة على الإطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه . ثم أقول : لحل المصنف إنما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك إشعارا بأن جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين ، بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهرا في شهرا بأربعة وشهرا بخمسة لما يبيانه في رد الشبهة آنفا . وقال بعض الفضلاء : يجوز أن يكون وضع المسئلة فيها إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير ، وإنما ذكر المصنف معرfa نظرا إلى تعيينه المتأى حيث ينصرف إلى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى . أقول : ليس هذا بشيء أيضا ، إذ لا ينهب عليك أن قوله شهرا بأربعة وشهرا بخمسة من كلام المستأجر ، وأنه تفصيل للشهرين ، فلم لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون الجمل لفظ المصنف والفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل . ثم أقول : بقي هاهنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الأجير عبدا بل هو متمش في صورة إن كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور في الكتاب ، فوجه ذكر هذه المسئلة في باب إجارة العبد غير واضح ، فإن المناسب أن يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الأحكام وإلا فكثير من الأحكام المذكورة في الأبواب السابقة مشتركة بين الحر والعبد . ولا يقال :

فقال المستأجر استأجرت هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرا ب درهم الخ) ظاهر خلا قوله فيترجح بحكم الحال فإنه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ، ثم لوجاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الأجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لأن المصنف أشار إلى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا إن لم يصلح حجة في نفسه .

بالتنكير ، وإنما ذكر المصنف معرfa نظرا إلى تعيينه المتأى حيث ينصرف إلى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل .

وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر (لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال . إذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا إن لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه .

(باب الاختلاف في الإجارة)

قال (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط بل قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) لأن الإذن يستفاد من جهته : ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته ، لكن يحلف لأنه أنكر شيئا لو أقرب له لزمه . قال (وإذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله . وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء

إن كون الأجير عبدا أكثر من كونه حرا ، فبني الأمر على الأكثر ، إذ لا نسلم أن ذلك أكثر . بل الظاهر أن كون الأجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه إلى الأجرة لإنفاق نفسه وعياله ، وأيضا لو كان بناء الأمر على ذلك لذكر سائر مسائل الأجير أيضا في هذا الباب ، والله الموفق للصواب .

(باب لاختلاف في الإجارة)

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافها وهو الفرع . إذ الاختلاف إنما يكون بعارض (قوله وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار) يعني به ما مر قبل باب الإجارة الفاسدة في مسألة : ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخطأه قبله ، كذا في الشروح . واعترض بأن المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والأجير خالف فخطأ قباء ، وهاتين قد اختلفا في أصل المأمور به فعند اختلاف المشتكين كيف يتحد الجواب ؟ وأجيب بأنه اختلفت صورتا المشتكين ابتداء ولكن اتحدنا انتهاء لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء : هذا خلاصة ما في النهاية

وبيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد إليه في المدة ، ولكن تعارض كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام المؤجر لأموجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة ، والله أعلم .

(باب الاختلاف في الإجارة)

لما فرغ من ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع . لأن الاختلاف إنما يكون لعارض . قال (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب (الخ) إن اختلف المتعاقدان في الإجارة في نوع المقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة أو الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الإذن . وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله ، لأنه لو أنكر أصل الإذن كان القول له ، فكذا إذا أنكر صفته لكن بعد البيان لأنه أنكر ما لو أقرب به لزمه . فإن حلف فهو

(باب الاختلاف في الإجارة)

(قال المصنف : لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله) أقول : في الشرح الشاهاني : أي لو أنكر عقد الإجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى . وفيه بحث .

ضمنه قيمة الثوب أبيض وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى . وذكر في بعض النسخ : يضمه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغصب (وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المذكر (وقال أبو يوسف : إن كان الرجل حريفا له) أى خليطا له (فله الأجر وإلا فلا) لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما (وقال محمد : إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله) لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر ، والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر . والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق والله أعلم .

والناتية ، وقصد بعض الفضلاء أن يجب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال : ولك أن تقول إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا بالطريق الأول إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى . أقول : ليس ذلك بسديد . أما أولا فلأنهما إذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدى مقرا عندهما فيجب الضمان قطعا . وأما إذا اختلفا في المخالفة فلا تعدى على زعم الأجير في وجوب الضمان عليه نوع خفاء ، فكيف يصح أن يقال : إذا كان الحكم ذلك : أى الضمان إذا اتفقا بالطريق الأول إذا اختلفا . وأما ثانيا فلأن مورد الاعتراض هو قول المصنف ، ومعناه ما مر من قبل . والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه ، فإما معنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهلا هو لغو هنا (قوله والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق) يعنى أن الحاجة هاهنا إلى الاستحقاق لا إلى الدفع ، والظاهر إنما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق . قال بعض

بالحيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الإجارة الفاسدة في قوله ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخطه قميصا يدرم فخطه قيام . واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به والأجير خالف وهاهنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك ؟ وأجيب بأنها مثلها انتهاء لا ابتداء ، لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد تعيين صاحب الثوب ، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء . وذكر في بعض نسخ القلورى يضمه : أى يضم صاحب الثوب للصبغ قيمة زيادة الصبغ ، فالأولى أعنى قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية ، والثانية أعنى قوله يضمه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سبابة عن محمد . وجه الظاهر وهو الأصح أن الصبغ لا للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الخرض والصابون في عمل الغسال ، فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب . ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك ، وإن اختلفا في وجود الأجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول لصاحب الثوب عند أبي حنيفة لأنه ينكر تقوم عمله ، لأن تقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المذكر . وقال أبو يوسف : إن كان الرجل حريفا له : أى خليطا له وذلك بأن تكرر تلك المعاملة بينهما بأجر فله الأجر وإلا فلا ، لأن سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما . وقال محمد : إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجرة فالقول قوله ، لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر ، والقياس ما قاله أبو حنيفة رضى الله عنه لأنه منكر ، وما ذكرناه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة هاهنا للاستحقاق لا للدفع .

(قوله واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان) أقول : ولك أن تقول : إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا بالطريق الأول إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ، ودليل المستلزمين ما سبق في الغصب من رعاية حق الجاني (قال المصنف : وقال محمد : إن كان الصانع معروفا بالثوب) أقول : قال الزيلعي : والفتوى على قول محمد انتهى . وما في النهاية والكناية وغاية البيان قال شيخ الإسلام وعليه الفتوى ، وما في شرح الشاهان : والفتوى على قول محمد انتهى . ذكره جى الشيخ الإمام المحررى س الله تراه في شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكرناه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر) أقول : فرق بين الظاهر والاستصحاب ، فالأول يصلح للاستحقاق كأخبار الأحاد .

(باب فسخ الإجارة)

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) لأن المعقود عليه المنافع وإنها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البديل كما في البيع ، وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر له ، وال سبه . قال (وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الإجارة) لأن المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر . ومن أصحابنا من قال : إن العقد لا يفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبهه الإباق في البيع قبل القبض . وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يتمتع ولا للآجر ، وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به .

الفضلاء : فرق بين الظاهر والاستصحاب ، فالأول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد انتهى . أقول : المراد بالظاهر هاهنا ظاهر الحال ، وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع . وأما أخبار الآحاد فيمزمع إلما نحن فيه فلإنها من الأدلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الأصول . واهه الموفق للصواب . وإليه المرجع والمآب .

(باب فسخ الإجارة)

(باب فسخ الإجارة)

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة ، إذ الفسخ يعقب العقد لا محالة . قال (ومن استأجر دارا) ففسخ الإجارة لعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الإجارة لأجلها ، وكذا بالأعذار عندنا خلافا للشافعى ، فإذا استأجر دارا (فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا إذا استأجر عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه ، وأما إذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا إليه في السكنى أو ذهبت إحدى عيني العبد فلا فسخ له (قوله لأن المعقود عليه) دليل على ذلك . ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وأنها توجد شيئا فشيئا ، وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع ، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر أو قبله ، لأن الذى حدث بعد قبض المستأجر كان قبل المعقود عليه وهو المنافع ، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البديل كما في البيع فإن المشتري إذا رضى بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك ، وكذا إذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزوال سبه (وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الإجارة) وهذا قول بعض أصحابنا . وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ، ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فيه إشارة إلى أن عقد الإجارة يفسخ بانتهام الدار ، لأنه لو لم يفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لأنه رد بعيب وهو لا يصح للإحضرة المالك بالإجماع ، واستدل المصنف على ذلك بقوله (لأن المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ، ومن أصحابنا من قال : إن العقد لا يفسخ ، (و صحح النقل بما روى هشام (عن محمد فيمن استأجر دارا فأنهدهم فيها المؤجر ليس للمستأجر أن يتمتع ولا للمؤجر ، وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ) واستدل على ذلك بأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فأشبهه إباق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به

(باب فسخ الإجارة)

لغير الطحن فعليه من الأجر بمحضته) لأنه جزء من المعقود عليه . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت) لأنه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز (وإن عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصى والمتولى في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى .

ذكر باب الفسخ آخره لأن فسخ العقد بعد وجود العقد للاحالة فناسب ذكره آخره (قوله وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت ، لأنه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز) قال في العناية : لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة لأن عقد الإجارة يتعقد ساعة فساعة على المنافع ، فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث . انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأنه قد مر في أول باب الأجر متى يستحق أن الأجرة تملك بأحد معان ثلاثة إما بشرط التعجيل ، أو بالتعجيل من غير شرط ، أو باستيفاء المعقود عليه . فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الأوليين فيها إذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث ، لأن المورث قد كان ملك الأجرة في حال حياته بتعجيل الأجرة أو بشرط تعجيلها ، فالتعجيل الذي ذكره صاحب العناية وإن تم في حق المنفعة لم يتم في حق الأجرة . والأظهر في تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الإجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعبارة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سبباً في النهاية نقلاً عن المبسوط حيث قال فيها : ولنا طريقان : أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر

لغير الطحن فعليه من الأجر بمحضته لأنه جزء من المعقود عليه) أورده استشهاداً به على أنه لا يفسخ بانقطاع الماء . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين وقعد العقد الإجارة لنفسه انفسخت ، لأنه لو بقى العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز) لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة ، لأن عقد الإجارة يتعقد ساعة فساعة على المنافع ، فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث . وأما إذا عقدها لغيره كالوكيل والوصى والمتولى في الوقف (لم تنفسخ لانعدام ما أشرنا إليه) وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز ، لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة ، فإنه في الابتداء كان واقفاً لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك . ونوقض بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فأتت صاحب الدابة في وسط الطريق فإن للمستأجر أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر فقد مات أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم يفسخ العقد . وأجيب بأن ذلك للضرورة ، فإنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المقازة : ولا يكون ثمة قاض يرفع الأمر إليه فيستأجر الدابة منه ، حتى قال بعض مشايخنا : إن وجد ثمة دابة أخرى يعمل عليها متاعه تنقضى الإجارة ، وكذلك لو مات في موضع فيه قاض تنقضى الإجارة لأنه لا ضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر ، وإذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري ، والمستحسن لا يورد نقضاً على القياس كتطهير الحياض والأواني ، ونوقض بما إذا مات الموكل فإنه تنفسخ الإجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم ، فإنا قد قلنا إن كل ما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلزم بأن كل ما انفسخ يكون بموت العاقد لأن العكس غير لازم في مثله . ووجه نقضه هو أن المعنى الذي انفسخ العقد لأجله إذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير من عقد

(قوله لأنه لو بقى العقد صارت المنفعة للمملوكة به الخ) أقول : قوله به زائدة لا طائل تحته بل غل ، فإن المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ، ولعله زيادة من الناسخ ، ويجوز أن يقال اللام متعلق بمحضته لا بالمملوكة ، وقوله لأنه ينتقل مبنى على القرض والتقدير ، والمعنى لو بقى العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقائه مستحقة لغير العاقد بالعقد . ثم قول : المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد واثرت المستأجر .

قال (ويصح شرط الخيار في الإجارة) وقال الشافعي رحمه الله : لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه ردّ المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ، ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال . وكل ذلك يمنع الخيار . ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة . وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الردّ بخيار العيب ، فكذا بخيار الشرط . بخلاف البيع . وهذا لأن ردّ الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة .

وقد فات ذلك بموته فتبطل الإجارة لفوات المعقود عليه ، لأن رقة الدار تنتقل إلى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقة لما أن الإجارة تتحدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة . وليس له ولاية إلزام العقد في ملك الغير . والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بني العقد بعده ، وإنما يبنى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لاتورث ، ألا ترى أن المستعير إذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة ، وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة ، وهذا لأن الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك إلا فيما يبنى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الأول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني ، والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث ، والتي تحدث بعدها لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فمالك لا يسبق الوجود ، وإذا ثبت انقضاء الإرث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لأن وارثه لا يخلفه فيه ، كذا في المبسوط ، إلى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعي لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه ردّ المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه . ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول : في هذا الدليل للشافعي شيء . وهو أنه قد تقرر عندهم أن الإجارة على نوعين : نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صيغ ثوب أو خياطته ، ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة ، والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الأول أصلا لأن عدم إمكان ردّ المعقود عليه بكماله وعدم إمكان تسليمه أيضا على الكمال إنما ينشأ من أن يثقل شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح ، وفي العقد على العمل لا يثقل شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا ، وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني ، وهو مالا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية ، كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سهاها ، وإنما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن إفادة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط

له مسخقة بالعقد موجودة فيه فالفسخ لأجله . قال (ويصح شرط الخيار في الإجارة) إذا استأجر دارا سنة على أنه أو المؤجر فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفي أحد قولي الشافعي : لا يجوز لأن الخيار إن كان للمستأجر لا يمكنه ردّ المعقود عليه بكماله لفوات بعضه ، وإن كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك ، وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله أن المنافع جعلت في الإجارة كالأعيان القائمة ، وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا هاهنا (ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس ، وكل ما هو كذلك أجاز اشتراط الخيار فيه ، والجامع دفع الحاجة) فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروي لثلا يقع فيه العيب (وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الردّ بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح . وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فإن الخيار فيما لا يصح . وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه (وإنما كان فواته في الإجارة لا يمنع الردّ وفي البيع يمنع ، لأن ردّ الكل في البيع ممكن دون الإجارة فيشترط فيه دونها) لأن التكليف إنما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أي ولأن ردّ الكل ممكن في البيع دون الإجارة (يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لأن التسليم بكماله غير ممكن ، وهذا عندنا خلافا للشافعي ، قال في المبسوط : إذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما ليس للمستأجر أن يمنع من القبض في بقية السنة عندنا ، ولا للمؤجر أن يمنعه عن ذلك . وقال الشافعي رحمه الله : للمستأجر أن يفسخ

قال (وتفسخ الإجارة بالأعذار) عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : لا تفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان . حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع . ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المقود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به ، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به . وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حدادا ليقطع ضرره لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباحا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلفت منه تفسخ الإجارة) لأن في المضي عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، وكذا من أجر دكانا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بشئ ما أجر فسح القاضي العقد وباعها في الديون) لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر . ثم قوله فسح القاضي العقد إشارة إلى أنه يقتدر على قضاء القاضي

الخيار في عقد الإجارة مطلقا فليتأمل (قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المقود عليها ، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العز : القول بفسخ الإجارة بالأعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا إجماع ولا قول صحابي بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فإنه عقد لازم ، ولا زالت الأعذار تحدث في عقود الإجازات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ، ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ، ولو كانت الإجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهضم على نقل مثله لاحتياج الناس إليه ، وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك . وجهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر ، وإن كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقطع ضرره فبرا وأنتقل قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكمل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه ، إلى هنا كلامه . أقول : نظره سافط جدا ، إذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا إجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الإجارة بالأعذار أن لا يصح القول بذلك ، فإن القياس أحد الأدلة الشرعية الأربعة على ما تقر في علم الأصول ، فيمكن تحقيق ذلك في إثبات حكم شرعي ، وقد تحقق فيها فيه كما أشار إليه المصنف بقوله فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به . وبين الجامع بقوله إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وإنما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك ، أو انعقاد إجماع

العقد فيما بني بناء على الأصل الذي بينا أن المنافع عنده في حكم الأعيان القائمة ، فإذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يجبر فيها بقاء لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل إتمام وذلك يثبت حق الفسخ . قلنا : الإجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفرق الصفقة . وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر ببيان فرع آخر لنا لا استشهادا حيث لم يكن الحصص قائلا به . قال (وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا) تفسخ الإجارة بالأعذار عندنا (وعند الشافعي : لا تفسخ إلا بالعيب) بناء على ما مر مرارا (لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الإجارة (ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المقود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) كالبيع (إذ المعنى يجوز الفسخ يجمع الإجارة والبيع جميعا ، وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به ، وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي محجوج بما إذا استأجر رجلا ليقطع ضرره لوجع ثم زال الوجع ، أو استأجر إنسانا ليتخذ ولية العرس فأتت العروس ، أو استأجر رجلا ليقطع يده لأكلة وقمت بها ثم برأت فإنه لا يجبر المستأجر على قلع الفرس واتخاذ ولية العرس وقطع اليد لاعتالة ، لأن في المضي عليها إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وكذا الباقي . ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج إلى الحاكم . قال (ثم قوله) أي قول القلدوري في المختصر (فسح القاضي) إشارة إلى الانقضاء إليه

(قوله إن المنافع عنده بمنزلة الأعيان الخ) أقول : نفسها بدون إقامة الدار مقامها مثلا .

في النقص . وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين . وقال في الجامع الصغير : وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنقض ، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء التقاضي . ووجهه أن هنا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالنسخ . ووجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي . ومنهم من وفق فقال : إذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر . وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر) لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر) لأنه يمكنه أن يقعد ويبيع الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المواجه فقعد فكذا الجواب) على رواية الأصل . وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجزع عبده ثم باعه فليس بعذر) لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب عقد ، وإنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد (وإذا استأجر الحياط غلاما فأفلس وترك العمل فهو العذر) لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله . وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه ، أما الذي يخطب بأجر فرأس ماله الخيط والمحيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه (وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فليس بعذر) لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية ، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكانا للخياطة فأراد أن يتركها ويشغل بعمل آخر حيث جعله علنا ذكره في الأصل ، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين ، أما هاهنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد لأن خدمة السفر أشق ،

على خلاف ذلك ، ولم يقع شيء منهما فيما نحن فيه ، وكون عقد الإجارة عقدا لازما وكثرة حدوث الأعذار في عقود الإجازات مما لا يقدح أصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الإجارة بالأعذار ، وكذا مجرد أن لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه . والحاصل أن جملة ما تشبث به في ترويح نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت ،

في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين . قال في الجامع الصغير : (وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنقض ، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي) وذكر وجهه في الكتاب (وذكر في وجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي) وفيه ما مر غير مرة ، وصحح شمس الأئمة السرخسي ما ذكر في الزيادات ، وصحح قاضيخان والجبوي قول من وقف فقال : إذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر (أي لكونه ظاهرا) (وإن كان غير ظاهر) كالدين (يحتاج إلى القضاء لظهور العذر) أي لأن يظهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر) أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينها (قوله ومن أجزع عبده ثم باعه فليس بعذر) هو لفظ أصل الجامع الصغير . لكن هل له أن يبيع بعد ما أجزع ألتفتل ألتفتل الروايات . وقال شمس الأئمة : الصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر ، وليس للمستأجر أن يفسخ البيع وإليه مال الصدر الشهيد . وقوله (أما الذي يخطب بأجر فرأس ماله الخيط والمحيط والمقراض فلا يتحقق فيه الإفلاس) قيل : وقد يتحقق إفلاسه بأن تظهر خيائته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه ، أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث أن الناس لا يأتمنونه على أمتعتهم (قوله ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر)

(قوله وفيه ما مر غير مرة) أقول : من أن خلافا للشافعي متأخر فكيف يبيى أئمتنا مقالرا من جواب المسئلة على خلافه . وجوابه حمل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفاء غير مسلمة : (قال المصنف : ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له الخ) أقول : فاعل بدامفسر والمضي بدا له رأى : أي ظهر له رأى يمنعه من السفر .

وفي المنع من السفر ضرر ، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا إذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر ، بخلاف ما إذا أجر عقارا ثم سافر لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من العقود عليه بعد غيبته ، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بكون السكنى وذلك ضرر .

(مسائل مثورة)

قال (ومن استأجر أرضا أو استعارها فأحرق الحصائد فأحرق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متعد في هذا التسليب فأشبه حافر البئر في دار نفسه . وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت ، أما إذا كانت مضطربة فيضمن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه . قال (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

ثم إن ما ذكره كله منقوض بما اعترف به من أن العذر الكامل معتبر ، فإنه لم يرد في ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه إجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء . فالمدار في ذلك أيضا هو القياس .

(مسائل مثورة)

أي مسائل نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافيا لما فات (قوله) وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز (صورة المسئلة : إذا كان للخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاعة ولكنه غير حاذق فيقعده في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان ، وهذا في القياس فاسد ، لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لاتصلح رأس مال الشركة ، ولأن المتقبل للعمل إن كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول ، لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت

قيل : فإن قال المؤجر إنه لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الإجارة وأصرّ المستأجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عن يسافر معه ، فإن قال فلان وفلان فالقاضي يسأله أن فلانا هل يخرج معكم أو لا ؟ فإن قالوا نعم ثبت العذر وإلا فلا . وقيل : ينظر القاضي إلى زيه وثيابه ، فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا وإلا فلا . وقيل : إذا أنكر المؤجر السفر فالقول قوله . وقيل : يخلف القاضي المستأجر بالله إنك عزم على السفر ، وإليه مال الكرخي والقُدوري رحمهما الله .

(مسائل مثورة)

معنى المسائل المثورة قد تقدم ، وحصد الزرع : أي جذه ، والحصائد جمع حصيد وحصيلة وهما الزرع المحصود ، والمراد بها هاهنا ما يئى من أصول القصب المحصود في الأرض ، ومعناه ظاهر . وقيل هذا إذا كانت الريح هادئة . قال في النهاية : بالنون من هادن أي سكن . وفي نسخة هادئة من هذا بالهمز : أي سكن ، وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمطرية اختيار شمس الأئمة السرخسي (قوله وإذا أقعد الخياط الخ) يعني إذا كان الخياط أو الصباغ معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الأجرة بينهما نصفين جاز استحسانا . وفي القياس لا يجوز لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لاتصلح رأس مال الشركة . ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول ،

(مسائل مثورة)

(قوله فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول) أقول : وأيضا هو من قبيل قفيز الطحان .

لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمخافته يعمل فينتظم بذلك المصاحبة فلا تضرة الجهالة فيما يحصل . قال (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة جاز وله الحمل المعتاد) .

مجهولة لاجالة ، وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جالوسه من مكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضا مجهول . والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال : القياس عندى أولى من الاستحسان . وفي الاستحسان : يجوز هذا لأن هذا شركة التقبل في العمل بأبدانها سواء ، فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل ، وكل واحد منهما يجب به الأجر فيجاز ، كذا في النهاية والكفاية . وقال صاحب العناية : وجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها اه كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه : بحث ، فإن تميز أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ، ولعل مراده كونه من متاولاتها في العبارة مسامحة اه . أقول : منشأ توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للتعطف وحمل المعنى على بيان تعيين أحدهما لتولى القبول في شركة التقبل ، وليس شيء من ذلك بمراد ، بل الواو فيه لاجال . والمعنى أن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الأولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس مما فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وإن كان أحدهما يتولى القبول من الناس بلجاه والآخر يتولى العمل لحذاقته اه فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة . ثم اعلم أن صاحب العناية ليس بمفرد في التعبير بتلك العبارة ، بل سبقه إليه صاحب معراج الدراية حيث قال : لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس بلجاه والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته انتهى (قوله لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمخافته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضرة الجهالة فيما يحصل) قال الإمام الزليعي في شرح الكنز : قال صاحب الهداية : هذه شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا

وإن تقبل العمل العامل كان مستأجرا لموضع جلوسه من مكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول ، والطحاوي رحمه الله مال إلى وجه القياس وقال : القياس عندى أولى من الاستحسان وجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل ، لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا اه فإن قيل : شركة التقبل هي أن يشتركا على أن يتقلا الأعمال وهما هنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر . أجيب بأن الشركة في الخارج تقتضى إثبات الشركة في التقبل فثبت فيه اقتضاء ، إذ ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرنا ، وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي معاده فأمكننا إثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في التقبل صريحا ، ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا . هذا هو المذكور في عامة الشروح لما ذكره المصنف فإنه قال : لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ، ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمخافته يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم . وإذا كانت شركة لا إجارة لم تضرة الجهالة فيما يحصل كما في الشركة . وقوله (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا)

(قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول : فيه بحث ، فإن تميز أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ، ولعل مراده كونه من متاولاتها في العبارة مسامحة (قوله أجيب بأن الشركة في الخارج) أقول : يعني الخارج من العمل (قال المصنف : لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة الخ) أقول : قال صدر الشريعة في شرح الرواية : في الهداية حمله على شركة الوجوه ، وفيه نظر لأنه شركة التقبل والصنائع فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لأن أحدهما يتقبل العمل بوجاهته انتهى . ولا يخفى عليك أن قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا .

وفي القياس لا يجوز؛ وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضى ذلك إلى المنازعة . وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع ، وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفضى ذلك إلى المنازعة وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر . قال (وإن شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لأنه أننى للجهالة وأقرب إلى تحقق الرضا . قال (وإن استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه في الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل) لأنه استحق عليه حملا مسنى في جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالإطلاق .

بوجاهته يقبل وهذا بخلافه يعمل ، فيه نوع إشكال ، فإن تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتربا شيئا بوجوههما وببيعهما وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه ، وإنما هي شركة الصنائع على ما بينا ، إلى هاهنا كلامه . أقول : ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده بها هاهنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد إليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بخلافه يعمل فيندفع الإشكال ، ولا يمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة . وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية : ففي الهداية حمله على شركة الوجوه . وفيه نظر لأنه شركة الصنائع والتقبل ، فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لأن أحدهما يقبل العمل بوجاهته ، إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة : ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى . أقول : إن قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها إجارة . وأن مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز . فالمنع أن هذه المعاهدة وإن كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد إجارة بالنصف إلا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه : أى عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تأمل تقف .

ظاهر . والوطاء القرائش . والدثر جمع دثار وهو ما يلتقى عليك من كساء أو غيره (قوله ورد الزاد معتاد) جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف ، ومن عادة المسافرين أنهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه . ووجه أن العرف مشترك فإنه معتاد عند البعض كرد الماء ، والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالإطلاق ، وهو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ، ولم يقيد بعدم رد ما نقص من المجهول فوجب جواز رد قدر ما نقص حملا بالإطلاق وهو عدم المانع ، والله أعلم .

(كتاب المكاتب)

قال (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) أما الجواز فلقوله تعالى

(كتاب المكاتب)

قال صاحب النهاية : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة ، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق اه
أقول : إن قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل غنيل . لأنه يرد عليه أن يقال : إن وقع الاحتراز

(كتاب المكاتب)

قال في النهاية : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة . ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والمبة والطلاق والعتاق : يعني أن قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرج به البيع والمبة بشرط العوض . وقوله بطريق الأصالة يخرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة . وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً ، وليس كذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض . والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره ، وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ، وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم . والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه ، فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال ، فإن المراد به ما يحتاج إلى إيجاب وقبول ، وذلك غير مشروط في التعليق ، فإن التعليق يتم بالمولى ، كذا في النهاية . وأما الإعتاق على مال فإنه وإن كان عقداً لاحتياجه إلى الإيجاب والقبول لكنه يخرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ، والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز يعود قريباً دون العتق على مال . وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور . وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه . وحكمها من جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاتبه وثبوت الحرية إذا أدى بدل الكتابة ، وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال إن كانت حالة ، والملك في البدل إذا قبضه . وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبك على مائة دينار إذا قال قبلت كان ذلك كتابة ، ولو قال جعلت عليك ألفاً توفديها إلى نجواً أو لك نجم كذا وآخره كذا : فإذا أدبها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق كان كتابة . قال (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) إذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه

(كتاب المكاتب)

قال السيرى في شرح المنهاج : الكتابة تعليق عتق بصيغة تضمنت معارضة منجعة ، ولفظها إسلامي لا يعرف في المعاملة . قيل وأول من كتب عبد لبرضى الله عنه يقال له أبو أمية (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول : يعني غاية البيان (قوله ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول : عبارة الإعتاق ؛ ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق ،

- فكانبوهم إن علمتم فيهم خيرا -

بهذا الذى ذكره عن غير تلك الأشياء الثلاثة أيضا ، فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر ؟ وإن لم يقع الاحتراز به عن غيرها فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط ، إذ يتنقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الأغيار . وبعبارة أخرى أنه إن وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كذب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه ، فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الأشياء الثلاثة بالذكر وإن لم يجب الاطراد فيها ، بل كفى تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره وفيما نحن فيه عن تلك الأشياء الثلاثة ، سيما إذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة . والتحقيق أن المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكذب هو الاطراد ، وأن الوجه الذى ذكره صاحب النهاية هاهنا ليس يتمتحقق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا ، فلا وجه لتخصيص تلك الأشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه . ثم إن صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال : قال في النهاية : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصول ، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق : يعنى أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض . وقوله بطريق الأصول خرج به النكاح والطلاق والعناق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصول ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : في كل واحد من نقله وبيانه اختلال . أما في نقله فلأن الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية ، وقد ضمها في النقل إلى البيع والطلاق والعناق . وأما في بيانه فلأنه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأطلقها في أثناء النقل ، ولا شك أن قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الإطلاق ، إذ الهبة بلا شرط عوض لمقابلتها فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقيد في البيان . وأيضاً لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا في نقله عنها ، وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الأصول ، ولا يخفى ما فيه . وأيضاً كان الطلاق والعناق مطلقين في المنقول ، وقد قيد ما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الأصول ، ولم يذكر خروج الطلاق والعناق بغير مال بشيء من القيد مع أنها يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل . وقال صاحب غاية البيان : إن ذكر المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب ، ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العناق لأن الكتابة مآلها العناق بمال والولاء حكم من أحكام العناق أيضا انتهى . ونقله صاحب العناية فزيغه حيث قال : وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب ، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العناق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العناق أيضا ، وليس كذلك لأن العناق لإخراج الرقبة عن الملك بلا عوض ، والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة

بما ذكرنا من الألفاظ الدالة على ذلك وقبل العيد ذلك صار مكاتباً . أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى - فكانبوهم إن علمتم فيهم خيرا - ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الأمر للوجوب أو لغيره . ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض

ولأن الكتابة مآلها العناق بمال والولاء حكم من أحكام العناق أيضا انتهى . وبهذا يظهر لك تصرف الشارح في عبارته وتغييره إلى ما لا يرضاه صاحبه ، فإن ذكره الولاء لبيان منسبته للعناق لا لبيان مناسبة المكاتب للعناق . وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد أنها لإخراج فيه فهو كاللكتابة ؛ ألا يرى أنه لإخراج اليد حالا والرقبة مآلا ، وإن أراد أنها ليست بلا عوض فلم لا تنس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتزاع العوض في مفهوم العناق غير مسلم أيضا ، وكيف والعناق على مال باب من أبوابه ، وقوله لأن نسبة اللاتيات أولى من نسبة العرضيات على تأمل فلي تأمل .

لشخص ومنفعته لغيره ، وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات . إلى هنا لفظ العناية . أقول : في نقله خطأ ، لأن المذكور في كلام صاحب العناية لأن الكتابة مآلها العتق . وقد قال صاحب العناية في النقل لأن الكتابة مآلها الولاء . وبينهما بون ، ولا يخفى أن مقصود صاحب العناية بقوله لأن الكتابة مآلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة . ويقول والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء أيضا . وكأنّ صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيها وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر . ثم إن بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصده ردّ ترقيفه أيضا فقال : وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد به أنها لا إخراج فيه فهو كالمكابرة ، ألا يرى أنه إخراج الإدخال والرقبة مآلا ، وإن أراد به أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه . وقوله لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل ، إلى هنا كلامه . أقول : يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية أن العتق إخراج الرقبة عن الملك حال بلا شرط عوض ، والكتابة ليست كذلك : أي ليس فيها إخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شقّ تردده . أما سقوط ما ذكره في شقه الأول فلا نه لاشك في أن ليس في الكتابة إخراج الرقبة عن الملك حالا وإن وجد فيها مطلق الإخراج . وأما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلأن الكلام في الأنسية لا في مجرد المناسبة فلا تمحيص لقوله ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه . ثم إنه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض لا بشرط عوض لا عوض كما نبتها عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل ، مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم ، لأن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد . وإنما يلزم ذلك أن لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض ، وأما إذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعبر ما بشرط العوض أيضا ، إذ قد تقرر في موضعه أن لا بشرط شيء أعم من بشرط شيء ، ومن بشرط لشيء فيصير المعتبر في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لأن عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه كما عرف . ثم إن مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الدخايل في المفهوم ، وبالعروضيات ما هو الخارج عنه . إذ قد تقرر في موضعه أن الذاتيات في الأمور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلها ، والعروضيات ما اعتبره خارجا عنها ، بخلاف حقائق النفس الأمرية ، ففي الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند أهل الشرع ، وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها ، وإنما هو مآلها الحاصل عند أداء كل البذل ، وكذا الولاء أمر خارج عنه فإنه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالإجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للإجارة من العتق . ثم إن كثيرا من الشراح قالوا : وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التملك والشرايط فكان أنسب بالتقديم . ثم أقول : هذا أمر عجب منهم ، فإن مجرد شبهها من بعض الحيثيات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها ، فكيف يجعل هاهنا وجها لتقديمها على الكتابة ، وهل تقبله الفطرة السليمة . والحق عندي أن وجه تقديم الإجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها المبينة في صدر كتاب الإجازات فإن تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الإجارة مقبب ما ذكر قبلها وهو المحبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الإجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب . ثم إن صاحب العناية قال : الكتابة عقد بين المولى وعبد بلفظ الكتابة أو ما يورث معناه من كل وجه اه . أقول : هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه ، لأن من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم أن العقد الجارى بين المولى وعبد بلفظ الكتابة أو ما يورث معناه ماذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الأول كما لا يخفى . ولعل الباحث

لذلك بقوله : وهذا ليس أمر إيجاب إلحاق الفقهاء ، وأشار بذلك إلى نفي قول من يقول إذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم

وهذا ليس أمر لإيجاب بإجماع بين الفقهاء ،

على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق أن صاحب النهاية لما قال : وأما الكتابة شرعا فلها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بافظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجيء على أداء العبد مالا معلوما لمقابلة عتق يحصل له عند أدائه اهـ . حسب صاحب العناية أن تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه قطع به الكلام في كتابه . وليس الأمر كما حسه فإن قول صاحب النهاية على أداء العبد مالا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ، ثم إن الأظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكتابة بأن يقال : الكتابة التحرير يدا في الحال ورقبة عند أداء المال ، وما ذكر في الوقاية وغيرها بأن يقال : الكتابة إعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مالا فليتبصر (قوله وهذا ليس أمر لإيجاب بإجماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية : خص الفقهاء ، لأن عند أصحاب الظواهر كداود الأصفهاني ومن تابعه أن هذا أمر لإيجاب ، حتى إذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه اهـ . أقول : بقي إشكال ، وهو أن صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية : وهذا الأمر للندب عند عامة العلماء . وعن الحسن : ليس ذلك بعزم إن شاء كاتب وإن شاء لم يكتب . وعن عمر رضي الله عنه : هي عزمة من عزومات الله . وعن ابن سيرين مثله ، وهو منذهب داود اهـ . فقل هذا كيف يتم القول بأن هذا الأمر ليس للإيجاب بإجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من أجله الصحابة المعروفين بالفقه والرواية ، وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين ، وعن هذا قالوا : جالس الحسن أو ابن سيرين ، فقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الإجماع بين الفقهاء في أن ليس هذا الأمر للإيجاب : اللهم إلا أن يقال : إن ما ذكر في الكشاف إنما يدل على أن الوجوب في هذا الأمر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لأنه مذهبه المقرر ، وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررًا بين الفقهاء فتأمل . وقال صاحب معراج البراية : ويقول بإجماع الفقهاء يخرز عن قول داود ومن تابعه وعمر بن دينار وعطاء . ورواية صاحب التصريح من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد ، فأنهم قالوا : تجب الكتابة إذا سأل العبد إذا كان ذا أمانة وذا كسب ، إذ الأمر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اهـ كلامه . أقول : فيه نظر ، فإن كثيرا من هؤلاء فقهاء سبوا الشافعي وأحمد ، فكيف يتم الاحتراز بقوله بإجماع الفقهاء عن قولهم بالإيجاب في هذا الأمر ، وقولهم بذلك ينافي ادعاء إجماع الفقهاء على عدم الإيجاب في هذا الأمر فأنى يصح الاحتراز به عنه ، اللهم إلا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتأمل (قوله وإنما هو أمر نذب هو الصحيح) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا : إن الأمر للإباحة لا للندب كما في قوله تعالى - وإذا حللتم فاصطادوا - وإذا حللتم فاصطادوا - وقوله تعالى - إن علمتم فيهم خيرا - مذكور على وفاق العادة ، فلأنها جرت على أن المولى إنما يكتب عبده إذا علم فيه خيرا . وقال : ففي الحمل على الإباحة إلغاء للشرط بيان لكونه للندب . وتقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء للشرط لأنها ثابتة بدونه بالانقضاء ، وكلام الله تعالى منزه عن ذلك ، وفي الحمل على الندب إعمال له لأن التدنية معلقة به وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه ، وإن قل صح فيجب حمله على الندب . وأما اشتراط القبول من العبد فلازمه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا

المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه لأن الأمر للوجوب . وقال : وإنما هو أمر نذب هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا إن الأمر للإباحة كقوله تعالى - وإذا حللتم فاصطادوا - وقوله - إن علمتم فيهم خيرا - مذكور على وفاق العادة ، فلأنها جرت على أن المولى إنما يكتب عبده إذا علم فيه خيرا . وقال : ففي الحمل على الإباحة إلغاء للشرط بيان لكونه للندب . وتقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء للشرط لأنها ثابتة بدونه بالانقضاء ، وكلام الله تعالى منزه عن ذلك ، وفي الحمل على الندب إعمال له لأن التدنية معلقة به وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه ، وإن قل صح فيجب حمله على الندب . وأما اشتراط القبول من العبد فلازمه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا

(قوله وتقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء للشرط) أقول : فيه أن مفهوم الشرط لاعتبار له عندنا مع أن الشارع ذكره ذكره على وفاق العادة (قوله وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه على هذا التقرير لا يلزم إلغاء للشرط

ولأنما هو أمر ندب هو الصحيح ، وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه . أما النديبة معلقة به ، والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه وإن كان يصح لوفعه . وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق إلا بأداء كل البذل لقوله عليه الصلاة والسلام « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنائير فهو عبد » وقال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه .

في شرح مختصر القدوري في المقام حيث قال : وإنه للندب بإحراق الأمة انتهى . إذ قد علم منهما أن كون الأمر للندب في - فكاتبهم - ليس بما وقع عليه إجماع الأمة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للندب كما هو مذهب أكثر العلماء . وقوله وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه) تقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط وهو قوله - إن علمت فيهم خيرا - لأن الإباحة ثابتة بدونه بالاتفاق ، وكلام الله منزّه عن ذلك ، كذا في العناية وغيرها . واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه : إن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه . أقول : هذا ساقط ، لأن معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقيد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه ، لا أن ليس في ذكره فائدة أصلا ، فإن هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدرة . ثم يرد على ذلك منع أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي إخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالإباحة على ما ذكر في عامة الشروح (قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه وإن كان يصح لو فعله) أقول : لقائل أن يقول : فعلى هذا لا يكون في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط ، لأن عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لامباحا ، إذ قد تقرر في علم الأصول أن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه ، وأن المكروه ما كان طرف تركه أولى ، وإذا كان الأفضل عند انقضاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن لا يكتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة إذ ذاك مكروها لامباحا فينبغي أن قوله فيما قبل وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنائير فهو عبد » (الخ) قال تاج الشريعة : فإن قلت : اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالرأى يدل على زيادة الحديث كما عرف ، ولهذا زينا ما روى أصحاب الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال « ابتغوا في أموال اليتامى خيرا كي لا يأكلها الزكاة » في إيجاب الزكاة في مال الصبي بأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا في هذه

يعتق إلا بأداء كل البذل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنائير فهو عبد » وقال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وفيه : أي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، فعند على رضى الله عنه يعتق بقل ما أدى ، وعند ابن عباس رضى الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه : يعني بنفس العقد ، لأن الصحيفة عند ذلك تكب ، وعند ابن مسعود رضى الله عنه يعتق إذا أدى قيمة نفسه ، وعند زيد بن ثابت رضى الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ، ويعتق إذا أدى جميع بدل الكتابة ، وإن يقل المولى إذا أدّاها فأنث حر . وقال الشافعي رضى الله عنه : لا يعتق مالم يقل كاتبك على كذا على أنك إذا أدبته إلى فأنث حر ، لأن الكتابة ضم نجم إلى نجم ، فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤدبها إلى في كل شهر كننا لم يعتق ، فكذا هذا . ولنا أن موجب العقد ثبت من غير تصريح به وموجه هاهنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال إلى حرية الرقبة عند أداء البذل فيثبت وإن لم يصرح به كما

لو حل على الإباحة ، فإنه إذا لم يعلم فيه غير يكون ترك الكتابة منجوبا لامباحا كما لا يخفى (قوله وعند ابن عباس رضى الله عنهما يعتق ، إل قوله : تكتب) أقول : فيه تأمل (قوله ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح (الخ) أقول : قال في الحواشي المدلالية نقلا من المبسوط :

ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أدّيتها فأنت حرّ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ، ولا يجب حط شيء من البذل اعتبارا بالبيع .

المسئلة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث . قلت : جاز أنه ما بلغ إليهم انتهى كلامه . أقول : في الجواب بحث ، لأنه مشترك الإلزام ، إذ يجرى في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال : جاز أن لم يبلغ إليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسئلة وتكلمهم فيها بالرأى على زيادة حديث قط مع أنه خلاف ما عرف . والأظهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرأى ، ويقال : يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك ، كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : إذا أصاب المكاتب ميراثا ورث بحسب ما عتق منه ، وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال : يؤدى المكاتب بمحصة ما أدّى دية حر ، وبما بقي دية عبد . كما ذكر في بعض الكتب ، والذي يدل على زيادة الحديث إنما هو اختلافهم بالرأى ، لأن استعمال الرأى في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الأصول (قوله ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أدّيتها فأنت حرّ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع) وعند الشافعي : لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على أنك إن أدّيته إلى فأنت حرّ . قال كثير من الشراح : وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع إلى تفسير الكتابة ، ففتننا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء ، فكانه قال : أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ، ولو نص على هذا عتق عند الأداء ، كذا هذا . وعند الشافعي : تفسيرها ضم نجم إلى نجم ، ولو نص عليه بأن قال : ضربت عليك ألفا على أن تؤديها إلى كل شهر كذا لم يعتق ، كذا هذا انتهى كلامهم . وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي الجلالية متقولاً فيها عن المبسوط : لا يحتج عليك أن ما ذكر من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى . أقول : تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته هاهنا ، بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال : أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى . ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسيراً للكتابة ، لأن موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء به لا يلزمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة . ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع إلى تفسير الكتابة راجع إلى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ، ومنها قوله تعالى - وجاء ربك - أي أمر ربك ، وقوله تعالى - واسئل القرية - أي أهل القرية ، إلى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الضقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حط شيء من البذل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعي : يستحق من البذل الله الذي آتاكم - فإن الأمر المطلق للوجوب .

في البيع فإنه يثبت الملك به وإن لم يصرح بكونه وجه . ولا يجب حط شيء من البذل اعتبارا بالبيع . وقال الشافعي : يستحق عليه حط ربع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى - وآتوهم من مال الله الذي آتاكم - فإن الأمر المطلق للوجوب . والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا ، لأنه قال - من مال الله - وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات ، فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة ، والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء ، والحط لا يسمى إعطاء ، والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين ، فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ، ولو سلم فالمراد به التدب كاللدى في قوله فكاتبوهم . لا يقال : القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ، لأننا لم نجعل

فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعا إلى تفسير الكتابة . ففتننا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء . فكانه قال : أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الأداء ، ولو كان نص على هذا لكان يعتق عند الأداء كذا هنا . وعند الشافعي تفسيرها شرعا ضم نجم إلى نجم لانضم حرية إلى حرية التبي . لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف (قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا) أقول : الأنسب لسياق كلامه أن يقول : لادلالة في الآية

قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز حالا ولا بد من نجمين ، لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبه اللرق . بخلاف السلم على أصاله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت . ولنا ظاهر ماتونا من غير شرط التنجيم ، ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ظاهرا . بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد إلى الرق .

يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات ، فكان الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة . والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء ، والحط لا يسمى إعطاء . والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين . فحملة على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل . ولو سلم فالمراد به الدب كالذي في قوله فكاتبوهم . لا يقال : القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ، لأننا لم نجعل القرآن موجبا نقول : الأمر المطلق على قرينة غير الوجوب للوجوب ، وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك . كذا في العناية . أقول : فيه نظر . لأن قوله تعالى - فكاتبوهم - لا يصلح أن يكون قرينة لكون الأمر في قوله - وآتوهم - لغیر الوجوب بدون ملاحظة إيجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم ، إذ دلالة في مجرد كون أمر لغیر الوجوب على كون أمر آخر أيضا لذلك حتى يجعل كون الأمر في قوله بعد - فكاتبوهم - للدب قرينة لكون الأمر في - وآتوهم - أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت) قال صاحب العناية : ولقاتل أن يقول : احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت . لأن المسلمين مأمورين بإعائته . والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات . وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت انتهى ، وافتنى أثره الشارح العيني . أقول : هذا السؤال ليس بوارد . لأنه إن أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعا . إذ لأهلية فيه للملك قبل العقد قط . فأني يثبت له احتمال القدرة على المال قبله . فإن

القران موجبا بل نقول : الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب . وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك . قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا (وقال الشافعي : لابد من نجمين لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) لخروجه من يد مولاة مقلسا ولم يكن قبل العقد أهلا للملك المال . والعاجز عن التسليم لابد له من أجل يقدر به على تسليم اليد . فإن قيل : المسلم إليه عاجز عن التسليم لأنه لو قدر عليه لما رضى بأخس البديلين فلا بد له من أجل . أجاب بقوله (بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا . وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت) ولقاتل أن يقول : احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت ، لأن المسلمين مأمورون بإعائته ، والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات . وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت . ولنا قوله تعالى - فكاتبوهم - من غير شرط التنجيم ، ولأنه عقد معاوضة وهو يمتد المعقود عليه والمعقود به وجود المعقود عليه لابد منه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتعا من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لآعالة فأشبه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل ، والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا . وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذ العبد وما يملكه لمولاه ، فالظاهر من مولاه أن يمهله . فإن لم يمهله وطالبه بالأداء وامتنع عنه يرد - رقيقا بالراضى أو بقضاء القاضي (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الإمهال فيه

على ذلك (قوله وقوله - فكاتبوهم - قرينة لذلك) أقول : فيه تأمل ، فإن كونه قرينة مائة للعمل على الوجوب غير مسلم .

قال (ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقق الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه . والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة ، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا يتعقد العقد ، حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسرد ما دفع . قال (ومن قال لعبد : جعلت عليك ألفا تؤديها إلى نجوم ما أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أدتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكتابة) لأنه أتى بتفسير المكتابة ، ولو قال : إذا أديت إلى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكتابة في رواية أبي سليمان ، لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالمكتابة . وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكتابة اعتبارا بالتعليق بالأداء مرة . قال (وإذا صححت المكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

أريد به أن إحاط القدرة عقيب العقد أثبت في حقه فهو مسلم . ولكن لا يجدي نفعاً لأن مدار فرق الشافعي بين المكتابة وبين السلم على أصله إنما هو ثبوت إحاط القدرة على المبيع للعائد قبل العقد في السلم لكون العائد فيه أملاً للملك قبل العقد ، بخلاف المكتابة فإن العائد فيها ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت إحاط القدرة على البدل له قبل العقد ، وهذا أمر ضروري لا مجال لإنكاره . فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المربوران . والحق في الجواب عما قاله الشافعي هاهنا أن يسلك طريقة القول بالموجب يقال : سلمنا أن العقد قبل عقد المكتابة لا يملك شيئاً من الأموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله ، ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد إنما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به ، ألا يرى أن الفلاس لو اشترى أموالاً عظيمة يصح شراؤه وإن لم يكن هو مالكا لشيء من الثمن وبدل المكتابة معقود به فلا يلزم أن يكون العبد مالكا له حال عقد المكتابة ، بخلاف المسلم فيه فإنه معقود عليه ، وقد أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال : ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة

ظاهراً ، ويجوز حالا (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقق الركن منه وهو (الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه) ولا عجز بالنسبة إلى المنافع (وخالفنا الشافعي فيه ، وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة) فإنه لا يجوز له لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الإذن له . وعندنا هو من أهل التصرف إذا عقل العقد ، ونقصان رأيه بنجبر برأى المولى والتصرف نافع فيصح الإذن (بخلاف ما إذا كان لا يعقل العقد ، لأن القبول لا يتحقق منه والعقد لا يتعقد بدونه . حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسرد ما دفع) (قوله) ومن قال لعبد : جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجوم ما أول نجم كذا وآخره كذا فإذا أدتها فأنت حر (لبيان ما يفيد فائدة المكتابة بلفظها . فإن المجموع المذكور مفيد لذلك . فإن قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها إلى نجوم ما يحتمل معنى المكتابة ومعنى الضريبة ، فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تتم جهة المكتابة ما لم يقل فإذا أدتها فأنت حر . وأما قوله وإن عجزت فأنت رقيق ليس بلازم ، وإنما ذكره لحث العبد على أداء المال عند النجوم ، والمكتابة بدونه صحيحة . ولو قال إذا أدت إلى ألفاً كل شهر مائة فأنت حر اختلفت الرواية . في رواية أبي سليمان هو مكتابة لأن التنجيم يدل على الوجوب لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال ، ولا يجب المال إلا بالمكتابة لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً إلا في المكتابة . وفي نسخة أبي حفص : قيل أي في روايته لا تكون مكتابة قال فخر الإسلام ، وهو الأصح اعتباراً بما لو قال : إذا أدت إلى ألفاً في هذا الشهر فأنت حر ، فإنه لا يكون مكتابة ، والتنجيم ليس من خواص المكتابة حتى يجعل تفسيرها لها لأنه يدخل في سائر الديون وقد تخلو المكتابة عنه ، ولم يوجد لفظ يختص بالمكتابة ليكون تفسيراً فلا يكون مكتابة . قال (وإذا صححت المكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) وإذا صححت المكتابة

(قوله وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه) أقول : فيه بحث ، ثم الظاهر أن يقال يدل هذا قوله منه (قوله لبيان ما يفيد الخ) أقول : ناظر لقوله منه ومن قال لعبد الخ (قوله لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول : يعني في المال الواجب وأشار بقوله ذلك إلى التيسير (قوله والتنجيم ليس من خواص المكتابة الخ) أقول : والتنجيم في العبد يوجد في الضريبة وفيه تأمل .

أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن ناهى المولى ، وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ، ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة ، وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه (فإن أعطته عتق بعته) لأنه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لأنه ما ألزمه إلا مقابلاً بحصول العتق به وقد حصل دون . قال (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لأنها صارت أخص بأجزائها توسلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان (وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وإن أنلف مالا لما غرم) لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها ، إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبغى بالعقد ، والله أعلم بالصواب .

عليه اه تدبر (قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) قال صاحب العناية بحلوهما عن المقدس بعد تحقق مقتضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه (أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة في الحال (إلى مالكية نفسه) التي تحصل عند الأداء . فإن قيل : ضم الشيء إلى الشيء يقتضى وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم ؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه ، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرض ، ولو وطئ المكاتب لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر) طويلاً كان أو غيره (ناهى المولى عنه أولاً) لأن مقصود المولى وهو أده البدل قد لا يتحقق إلا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم « المكاتب عبد مابنى عليه درهم » (ولأنه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أى المساواة باعتبار التساوى (إن تنجز العتق ويتحقق إن تأخر لأنه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد (فيثبت في ذمته حق من وجه) وهو أصل البدل وإنما كان حقاً من وجه لضعفه فإنه ثابت في اللغة مع المنافي ، إذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولهذا لا تصح به الكفالة ولو ثبت العتق ناجزاً كما قال به ابن عباس رضى الله عنهما على مامر فانت المساواة . لا يقال : المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضاً لأن نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأين المساواة ، لأن نوع مالكيته أيضاً ضعيف لبطلانه بعوده رقيقاً (فإن تجز المولى عتقه عتق بعته) لا بالكتابة المتقدمة (لأنه مالك لرقبته) فيجوز له إتلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابله مجاناً (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصه بأجزائها توسلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) أى على الوصول إلى البدل من جانبه (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان) قابليها الشرع بالأعيان ، قال الله تعالى : أن يتبنوا بأموالكم - وألزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها شبهة ، ولو كان الوطء لأخذ المضغة ليقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فإنه يلزم بإيلاج واحد (وإن جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأنها صارت أخص بأجزائها .

(قوله أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول : فيه بحث ، وما أسرع من أنى قوله الذى تحصل عند الأداء . ولا يخفى عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا ، بل يجوز أن يقال : الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم ثم وجوب الأرض ولزوم العقر للمالكية اليد لا للمالكية النفس (قوله وينعدم ذلك أى المساواة (الخ) أقول : فإن قيل : إذا أوى المكاتب بعض البدل يملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شيء . المكاتب فينتفى التساوى . قلنا : بل يحصل له تأكده المالكية ولهذا لا يبيح محلا لتفكير كما سبق في باب الكفارة (قال المصنف : وإذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول : قال صاحب التسهيل : ولو شرط وطأها في الذمة لا يفيض العقر انتهى . وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه .

(فصل في الكتابة الفاسدة)

قال (وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقهما المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد . وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرها وجنسها ووصفها فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ، ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة . قال (فإن أدّى الخمر عتق) وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه ،

في شرح هذا المحل : أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء . وقال : فإن قيل : ضم الشيء إلى الشيء يقتضى وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم ؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه ، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرض ، وإن وطئ المكتانية لزمه العقر فيتحقق الضم ، انتهى كلامه . أقول : فيه خلل ، لأن هذا الجواب يناقض قوله فيما قبل إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء ، لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم إليه موجودين في الحال ، ومعلوم ما قاله أولا أن يكون المضموم إليه حاصلا عند الأداء في الحال ، وإلا يلزم أن يكون قوله التي تحصل عند الأداء لغوا محضا كما لا يخفى . ثم إن بعض الفضلاء بعد أن تنبهنا قلنا قال ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا ، بل يجوز أن يقال : الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم ، فإن تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال ، بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الأداء على ما مر ، وبمبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير إلى تحقيق معنى الضم في الحال .

(فصل في الكتابة الفاسدة)

أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لاحتطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقهما المسلم) عبر عن مسئلتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالأول دون الأولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكأنما صارا مسألة واحدة ، وإلا فهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمشكلة الكتابة على قيمة العبد . وقد أومأ إلى هذه النكتة في بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ، ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال : وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة النسخ مع أنه في الحقيقة

(فصل في الكتابة الفاسدة)

وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد . قال (وإذا كاتب المسلم عبده) جمع هاهنا أمورا يفسد عقد الكتابة بها ذكر بعضها أصالة وبعضها استنبادا . وإذا كاتب المسلم عبده (على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم) فالكتابة فاسدة ، أما الخمر والخنزير فلأنهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد ، وأما قيمة العبد فلأنها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة . وأما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما ذكره ، وإذا عرف ذلك (فإن أدّى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له إن أدّيت إلى فانت حر أو لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه ،

(فصل في الكتابة الفاسدة)

لأن البذل هو القيمة. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البذل معنى. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة. وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية. ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه، وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط. وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتخصيص عليه (وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته) لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد

مسئلة ثالثة بلاربيب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البذل معنى) قال صاحب النهاية: وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة، فعمل هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل مافي النهاية: قلت صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه، وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل مافي النهاية والعناية جميعا قلت: سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم، والشرح ماجعلوا الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى. أقول: ما قاله الشارح العيني ليس بشيء. أما أولا فلأن ظاهر الرواية إنما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه، والمروى عن أبي يوسف هاهنا بكلمة عن على تقدير أن يعمل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر إنما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر. وهذا غير ظاهر الرواية قطعا، إذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في أحد الجزئين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالخزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى. فقولوه سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض. وأما ثانيا فلأن صاحب غاية البيان من الشرح جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام: وأبو يوسف قال: إن كل واحد من عين الخمر وقيمها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق إذا أدى أيهما كان انتهى. وأشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله وأما إذا كان بدلا

لأن البذل في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الإباداء قيمة الخمر، قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضا) قيل أي بأداء قيمة نفسه (لأنه البذل معنى) قال في النهاية: وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة، فعمل هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن. قلت: صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه، وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر لأنه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما إذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فإنه لا يعتق بتسلم عينها إلا إذا قال إن أدبت إلى فأنت حر. (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه، وموجبه العتق عند أداء البذل المشروط، بخلاف الميتة فإنها ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتخصيص عليه، وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد، وقد تعذر

(قوله وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول: ونظيره ما سيحيى. رواية عن أبي يوسف فيما إذا كاتب عبده على عين بيته لنبيه أنه يجوز في رواية عنه، أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجر غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعندها يجب تسليم قيمته كما في النكاح، ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان. قال في المجموع: ويجزم به لأدائها عنها أوقمها انتهى ابن فرشته؛

وقد تعذر بالعق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع. قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عندهلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد ، وهذا لأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت ،

عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقول العيني والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة إلا بدلا عن نفسه إن أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح وإلا فليس بمفيد (قوله وهذا لأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وهذا أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان في المسمى أوفى القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء ، والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كى لا يبطل حقه في العتق أصلا ، فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له إدراك شرف الحرية ، انتهى كلامه . أقول : هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام في نفسه . أما الأول فلأن الظاهر أن كلمة هذا في قول المصنف ، وهذا إشارة إلى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه ، والمعنى وهذا : أى ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه ، لأن المولى ما رضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كى لا يبطل حقه في العتق بالكلية فحينئذ ينظم الدليل والمدعى بلا كلفة أصلا ، ويرشد إليه تحرير صاحب الكافي حيث قال : ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لأن المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كى لا يبطل حقه في العتق أصلا ، والمولى ما رضى بالنقصان عنه اه . وأما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا إشارة إلى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحتمل كلام المصنف ، لأنه إما أن يكون المراد بالنقصان في قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التحليل والبيان

وقد تعذر الرد بالعق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع ، (و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت ، وهذا) أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لأن المولى ما رضى بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان ، لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء (والعبد رضى بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كى لا يبطل حقه في العتق أصلا) فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية ، ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة ، لأن اعتبار

أى قيمة عين الخمر انتهى قوله وبحكم به : أى وبحكم أبو يوسف به : أى بالعق (قال المصنف : ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول : قال صدر الشريعة : هذه مسألة مبتدأة لاتعلق لما بمسئلة الخمر والخزير ، ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة إذا كانت من جنس المسمى ، فإن كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى ، وإن كانت زائدة زيدت عليه . ووضع المسئلة في الميسوط فيما إذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أيأ فالكاتب فاسدة فتجب القيمة ، فإن كانت ناقصة عن الألف لا ينقص ، وإن كانت زائدة زيدت عليه انتهى . ولا يخفى عليك أن ملاكهم من أنه لا تعلق لما بمسئلة الخمر والخزير بخالف لما في شروح الهداية (قوله وهذا أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت أقول : لا يخفى عليك أن قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان لا يلائم هذا التفسير ، والظاهر أنه إشارة إلى قوله ولا ينقص عن المسمى ، ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تفريع على قوله والعبد رضى الخ (قوله لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول : قد لا يصلح عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل ، وقوله فلا يرضى بالنقصان إن أراد عن المسمى فسلم لكن مدعاه عام ، وإن أراد عن القيمة أو الأدم فمضوع ولا دلالة عليه في قوله لأن بعدم الإخراج الخ (قوله فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية) أقول : كأنه يريد أن الرضا بالمقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى إذ ذلك موجب للكتابة الفاسدة ، فلو لم يرض بالزيادة أى بما يوجبها هو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت إدراك شرف الحرية فليتأمل .

وفيا إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لأنه هو البذل ، وأمکن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد ،

بالكلية مع أنه مطلب مقصود بالبيان هاهنا كما لا يخفى ، أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم أن لا يطابق الدليل المدعى وأن لا يفيد ، إذ لا يستدعى عدم رضا المولى بالنقص عن المسمى إلا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت ، لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح الزبور ، لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ، فبرد عليه أن يقال : إن عدم رضا بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فاما معنى تعميم النقصان هاهنا بالنقصان عن المسمى . فلعل الشارح الزبور إنما اغتر بقول المصنف في آخر كلامه فنجب بالغة ما بلغت ، ولكنه تفرع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لاعلى مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا . وأما الثاني : أى أنه غير تام في نفسه فلأن قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع ، كيف وتنصيب المولى على قدر معين مسمى دليل على رضا به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا ، فإما يخالف رضا إنما هو النقصان عن المسمى لا غير . ولئن سلم ذلك فينقض بالكتابة الصحيحة إذا كان البذل المسمى فيها أقل من القيمة فإنه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور هاهنا في تلك الصورة أيضاً على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل تنق . ثم قال صاحب العناية : ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل باعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة ، لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقاءه اه . أقول : لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن الذى يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد إنما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهى قوله كى لا يبطل حقه في العتق ، إذ الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء إنما يكون بعد تعلق حقه به أولاً . ومورد ما قيل إنما هو قول المصنف كى لا يبطل حقه في العتق أصلاً كما صرح به في النهاية وغيرها ، فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح الزبور : الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد ؟ وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا : فإن قيل : ما وجه قوله كى لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخمر وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق ؟ قلنا : يحتمل أن يكون القاضى يرى صحة ما روى عن أبى حنيفة أنه إذا كاتبه على الخمر ولم يقل إن أدبها فأنت حر فادى الخمر لا يعتق ، فاقضى القاضى بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اه . أقول : فيه بحث . أما أولاً فلأن مقتضى هذا الجواب أن يكون قوله كى لا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضى بتلك الرواية لا لرضا العبد بالزيادة ، والمذكور في الكتاب بخلافه ، والكلام في ذكره في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب . وأما ثانياً فلأن ذلك على تقدير تمامه إنما يتمشى في صورة إن لم يقل المولى للمكاتب على الخمر إن أدبها فأنت حر ، لا في صورة إن قال له ذلك ، إذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر في هذه الصورة فلا رأى للقاضى فيها مع أن مانعاً فيه يعم صورتين كما لا يخفى ، فينبى السؤال في صورة . ثم إن صاحبي النهاية ومراجع الدراية رداً على المصنف هاهنا حيث قالوا : ثم قوله كى لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً لقوله والعبد رضى بالزيادة لأنه يحتمل أن

الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقاءه (وفيا إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لأنه هو البذل ، وأمکن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة) لاستحقاق المسلم تسلمه ، ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف . قيل : تعرف بأحد أمرين : إما أن يتصادق على أن ما أدى قيمته فينبى كون المؤدى قيمته بتصادقهما لأن الحق فيهما بينهما لا يعدوماً فصار كضمان الغصب والبيع القاسد . وإما بتقويم القومين . فإن اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له ، وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين ، لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين . فإن قيل : القيمة عموماً فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة . أجاب بقوله (وأثر الجهالة في الفساد) أى لا في البطلان كما في البيع فلما نفسه لا تبطله . فإن قيل : الكتابة على ثوب كالكتابة

بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته . قال (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) لأنه لا يقدر على تسليمه .

يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وإن بطل حقه في العتق ، لأن ذلك نفع مشوب بالضرر لأن تحمل الزيادة ضرر عليه وإن كان عتقه نفعاً له . أقول : ليس ذلك بسديد ، لأن تحمل الزيادة إنما يكون ضرراً عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق ، وليس كذلك لاعتادة فإنه إذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكاً لمولاه ، ويقدر المولى بعد ذلك على أن يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة ، فلم يظهر في رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه بها نفع له أصلاً . ثم قال : والأولى في تعليل ذلك أن يقال : لأن العبد لما عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلاً قيمة نفسه بالغة ما بلغت ، لأن ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه باختياره ورضاه ، ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضياً بالزيادة على المسمى ضرورة اه . أقول : وهو أيضاً ليس بسديد ، لأن في التعليل بما ذكره مصادرة على المطلوب ، فلما يصدق أن يثبت دليل أن موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة ، فلو علمنا هذه المقدمة بما يتبين على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعاً . ثم أقول : بقی شيء في كلام المصنف وهو أن قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان الخ دليل شاف مفيد لتمام المدعى وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتراد عليه ، إلا أن قوله لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستلزاماً لها هنا لأنه صار مستثنى عنه بما ذكر قبله من قوله لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تقرر بالعق فوجب رد قيمته ، كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع وليس له دالة على تمام المدعى فإنه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة فكان الأولى طرحه من البين كما في الكافي (قوله لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته) قال صاحب العناية : وتقريره أن الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مراداً ، والمطلق منه ليس بوجود في الخارج فلا يكون مراداً فتعين أن يكون المتعين مراداً ، والاطلاع على ذلك متعين لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته ، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين ، انتهى كلامه . أقول : فيه كلام ، أما أولاً فلا لأنه إن أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بوجود في الخارج فرداً بهما من الثوب فلا نسلم أنه ليس بوجود في الخارج ، إذ الإيهام إنما ينافي بالتعيين لا الوجود في الخارج ، وكمن شيء نجزم بوجوده في الخارج وإن لم تتعين خصوصيته عندنا وإن أراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم أنه ليس بوجود في الخارج ، ولكن لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مراداً بل يجوز أن يكون المراد هو المجهول فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال أيضاً . وأما ثانياً فلا لأن مانع أن يمنع إمكان استدراك مراده بتقويم المقومين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب . إذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مراداً وتعتبر الاطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ، ولا شك أن الأمر كذلك

على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة . أجاب بقوله (بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب) وتقريره : الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مراداً ، والمطلق منه ليس بوجود في الخارج فلا يكون مراداً ، فتعين أن يكون المتعين مراداً ، والاطلاع على ذلك متعين لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته ، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين . فإن قلت : فإن أدنى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أولاً ؟ قلت : ذكر في التخييرة أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فإنه لا يعتق بالعبد بأداء القيمة ، ولا تعتقد هذه الكتابة أصلاً على المسمى ولا على القيمة . قال (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) إذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فلما أن يتعين بالتعيين الكفرس والعبد أولاً كالنقود ، فإن تعين فلما أن يميزه أولاً ، فإن لم يميزه فلما أن يملكه المالك بسبب وأداه إلى المولى أولاً ، فذلك أربعة أوجه ، فإن لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبك على هذه الألف من الدراهم

ومراد شئ يعين بالتعين ، حتى لو قال كاتبك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لأنها لاتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في اللمة فيجوز . وعن أبي حنيفة رضى الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز ، حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، وإن عجز يرد في الرق لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبهه الصداق . قلنا : إن العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع ، بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط . فعلى ما هو تابع فيه أولى . فلو أجاز صاحب العين ذلك فمن محمد أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى . وعن أبي حنيفة أنه لايجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب . والجامع أنه لايفيد ملك المكاسب وهو المقصود لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها ، ولا حاجة فيها إذا كان البذل عينا معنا ، والمسئلة فيه

في صورة الكتابة على القيمة أيضا ، ألا ترى إلى قول المصنف فيها مر : وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرها وجنسا ووصفا فضاحتت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة اه . فكيف يمكن اطلاع القوتين على راده في صورة الكتابة على

وهي لغيره جاز لأنها لاتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة . وإن تعين به ولم يوزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز ، حتى إذا ملكه وسلمه عتق . وإن عجز يرد رقيقا لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم . فأشبه ما إذا تزوج امرأة على عبد غيره فإن التسمية صحيحة ، حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بغير المثل ، ولو فسدت لرجعت به ، والجامع كون كل واحد منهما عوضا ليس بمال . ووجه الظاهر أن العين في المعاوضات معقود عليه ، والمعقود عليه القدرة عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع . فإن قيل : قد تقدم أن لبذل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنيا جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا . فالجواب أن ذلك إذا كان من النقود . وليس الكلام فيها وإنما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبذل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأشبهه الصداق . وذلك لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل . وقال في النهاية : منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضعة . فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى . وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل وتخلصه معلوم (وإن أجاز صاحب العين ذلك ، فمن محمد أنه يجوز لأن البيع يجوز عند الإجازة . فإن اشترى شيئا بمال الغير فأجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لأن مبناها على المساحة ، وقيل لأنها لاتفسد بالشرط الفاسد ، بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لايجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب) أى في الجامع الصغير أشار به إلى قوله وكذلك إن كاتبه على شئ يعينه لغيره (والجامع) بين ما أجاز به المالك وبين ما لم يوزه (أن عقد الكتابة) فيها نحن فيه (لايفيد ملك المكاسب الذى هو المقصود من الكتابة ، لأنه) أى ملك المكاسب وفي بعض النسخ : لأنها أى المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف (يثبت للحاجة إلى الأداء منها . ولا حاجة إلى الأداء منها في إذا كان البذل عينا معينة لغيره ، والمسئلة فيه) أى

(قوله فإن تعين فيما أن يجيزه) أقول : أى يجيز العقد (قوله وإن تعين به ولم يوزه ولم يملكه) تجز الكتابة في ظاهر الرواية (أقول : الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأصل به مناقض آخر للكلام أوله ، والظاهر أن كلام المصنف مجرى على عمومه ، ومراده بالجواز على رواية الحسن هو : جوازه ابتداء . وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينقضي العقد موقوفا ، وإنما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن لفتنة عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى إذا ملكه الخ) أقول : كالكتابة الحالة فلا يفسخ المولى للإبرضا للعبد كما هو حكم الكتابة الجائزة . ثم أقول : إنه مخالف لظاهر النسخ لعدم الملك فتأمل في دفعه (قوله إذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول : احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن .

على ما بيناه . وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجوز ، غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه ، وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح ، والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا . ولو ملك المكاتب ذلك العين ، فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه إذا أذاه لا يعتق ، وعلى هذه الرواية لم ينقصد العقد إلا إذا قال له إذا أدت إلى فانت حرّ فحينئذ يعتق بحكم الشرط ، وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله . وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ، لأن العقد يتقدم مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط . ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففیه روايتان . وهي مسألة الكتابة على الأعيان ، وقد عرف ذلك في الأصل ، وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى . قال (وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يردّ المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : هي جائزة . ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيطّل منها حصّة العبد فيكون مكاتباً بما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط ، فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في أبدال العقود . ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير ، وإنما تستثنى قيمته والقيمة لاتصلح بدلا فكذلك مستثنى .

القيمة حتى تتعين بتعيينهم فأمل (قوله ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير ، وإنما تستثنى قيمته والقيمة لاتصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعني أنهما يسلطان الأصل المذكور . ولكن يقولان ذلك فيما صح استثنائهما من غير أن يورد فساد العقد ، وهاتنا استثناء العبد عنه من الدرام غير صحيح لاختلاف الجنس ، وإنما يصح استثنائهما منها باعتبار قيمته وهي لاتصلح بدل الكتابة لنفاش جهاها قلراً وجسفاً ووصفاً كما مر في أول الفصل . فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة ، كذا في الشروح والكافي . أقول : يرد على هذا التعليل أنه يقتضي أنه لا تصح الكتابة فيما إذا شرط أن يردّ المولى عليه عبداً معينا أيضاً لجرانته فيه أيضاً بعينه ، فإن قيمة العبد المعين أيضاً مجبولة جهالة فاشحة ، ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في أول الفصل ، وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدرام أيضاً ظاهر ، مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما إذا شرط أن يردّ عليه عبداً معينا . والعجب من صاحب الدرر والفرر أنه علل هذه المسئلة بوجه آخر ، وعزاه إلى الزيلعي . وأورد عليه النقض بما إذا

فرض المسئلة في ذلك (على ما بيناه) أن مراده شيء يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجوز ، غير أنه إذا أجاز وجب تسليم عينه ، وإذا لم يجوز وجب تسليم قيمته كما في النكاح ، والجامع صحة التسمية ليكون المسمى مالا وإن لم يجزه لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأذاه (فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضاً أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقصد العقد) وهو ظاهر الرواية (إلا إذا قال له إذا أدت إلى فانت حرّ فحينئذ يعتق بحكم الشرط . وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ، لأن العقد يتقدم مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط . وإن كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرع يجوز ، وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكره هاتنا لطوله . وذكره بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال : وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز . ووجه علمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لا يجوز . وإنما قلنا سوى النقود لأنه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد بأن كان مأذوناً في التجارة واكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات ، لأنها إذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة . قال (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يردّ عليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة (قوله وهو ظاهر الرواية) أقول : فلا يناسب كلمة عن في قوله فمن أبي حنيفة .

قال (وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح ، أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناسا مختلفة فتفاحش الجهالة ، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البذل بجهالة الأجل فيه .

شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب ، وعزاه إلى الكافي حيث قال : لأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة ، لأن ما كان من المائة يلزاه الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها يلزاه رقية المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز التهي عنها ، كذا قال الزيلعي . ويرد عليه أنه يقتضى عدم صحة العقد إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا أو أمة معينة ، والقوم صرحوا بخلافه ، والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف ، وهذا لأن العبد لا يمكن استثناءه من الدنانير ، وإنما تستثنى قيمته ، والقيمة لاتصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالتها ، فكذا لاتصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ . ولا يخفى على ذي فطنة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه إلى الزيلعي والوجه الذي عزاه إلى الكافي في ورود النقض بالصورة المزبورة عليهما ، فرد الأول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى (قوله أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناسا فتفاحش الجهالة . وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية : واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيها إذا كاتب على عبد . لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد . والجواب أن اللفظ إن شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها ، وإن شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيها بنى على المماكة كالتابع والوكالة لافيا بنى على المساحة كالكتابة والنكاح انتهى . أقول : ليس السؤال بشيء ولا الجواب . أما الأول فلأننا لانسلم أن شمول اللفظ للأجناس إن منع الجواز ما جازت فيها إذا كاتب على عبد ، وقوله لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا

ومحمد . وقال أبو يوسف : هي جائزة ، وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ، ويطل منها حصص العبد ويكون مكاتب بما بقي ، لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط ، وهذا بالاتفاق ، وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البذل وهو الأصل في أبدال العقود . وقالا بالموجب : أى هذا الأصل مسلم . ولكن فيها صح الاستثناء . واستثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح ، وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لاتصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (وإذا كاتبه على حيوان ويثنى جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) أنه تركى أو هندى (ولا الوصف) أنه جيد أو ردىء (جازت وينصرف إلى الوسط) من ذلك الجنس . وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهما . وقالا : هو على قدر غلاء السعر ورخصه ، ولا ينتظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب لأن عقد الكتابة عقد إرفاق ، فالظاهر أن يكون البذل على أقل من قيمة المكاتب ، وإنما ينصرف إلى الوسط لأن الأصل في الحيوان المجهول إذا ثبت في الذمة أن ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية ، والوسط فيه نظر للجانبين (ويجبر على قبول القيمة) لأنه قضاء في معنى الأداء على ما عرف في الأصول لأنها أصل من حيث أن البذل يعرف بها (وقد مر في النكاح) فصار كأنه أتى بعين المسمى (وإنما صح القدم الجهالة لأنها يسيرة) ومثلها يتحمل في الكتابة (لأن ميثاقها على المساحة) فتعتبر جهالة البذل بجهالة الأجل فيه (حتى لو قال : كاتبك إلى الحصاد أو الدياس أو القطاف صحت الكتابة ، وقد ثبت أن ابن عمر أجاز الكتابة على

(قوله وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لاتصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول : لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة إذا كان العبد معينا لعين هذا الدليل ، فإن قيمة العبد المجهول بجهالة فاحشة ، وقد سبق في أول الفصل .

وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز ، وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح ، والجامع أنه يبتنى على المساحة ، بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكة . قال (وإذا كاتب النصراني عبده على خر فهو جائز) معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها ، وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البديل فيجب عليه قيمتها ، وهذا بخلاف ما إذا تباع النعمان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ، لأن القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة ، فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبنى العقد على القيمة ، فأما البيع فلا ينعقد

لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مزية لأن المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا ، والذي ذكره في كتاب الوكالة إنما هو أن العبد يشمل أنواعا ، وأن ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه إلا ببيان الثمن أو النوع . فإنه قال هناك : ثم إن كان الافظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن يبين الثمن ، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يلزم مراد الأمر لتفاحش الجهالة ، وإن كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع ، لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما ، وبذكر النوع نقل الجهالة فلا يمتنع الامتنال . مثاله : إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعا ، فإن يبين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز ، وكذا إذا يبين الثمن لما ذكرنا اهـ . فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يتعطل مدارا للاعتراض على المصنف هاهنا ، وقد سبق إلى هذا التوهم صاحبا النهاية ومراجع الدراية ؟ ولعمري إنه من العجائب من أمثال هؤلاء الفحول . وأما الثاني فلأن الجواب المزبور مع ابتناؤه على القول بمراتب الأجناس الذي الذي هو من أصول أهل المقول دون اصطلاحات أهل الفقه بمنزلة عما يفهم من كلام المصنف في المقامين : أي في كتاب الوكالة ، وفيما نحن فيه ، أما هناك فلما عرفت آتفا ، وأما فيما نحن فيه فلائنه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيد بالجنس في قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط ، إذ بيان الجنس الأسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال ، لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح ، والجامع أنه يبتنى على المساحة ، بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام :

الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعي : لا يجوز وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع) في أن تسمية البذل شرط فيها كما هي شرط فيه ، والبيع مع البذل المجهول أو الأجل المجهول لا يجوز ، فكذا الكتابة . ولنا أن هذا قياس فاسد لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتدائها أو من حيث الانتهاء ، والأول لا يصح لأن البيع معاوضة مال بمال ، والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها في مقابلة فك الحجر في الابتداء ، وكذلك الثاني لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقية لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء ، وفي أن مبنى كل منهما على المساحة ، وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح . وقوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكة زيادة استظهار ، وإن لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لأنها تشمل أجناسا ، وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة . واعتراض على المصنف بأن شعور الافظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبده ، لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد . والجواب أن اللفظ إن شغل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الوكالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها ، وإن شغل أجناسا سافلة كالعبد منه فيما يبنى على المماكة كالبيع والوكالة لا فيما يبنى على المساحة كالكتابة والنكاح . قال (وإذا كاتب النصراني عبده النخ) وإذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز ،

(قوله وإن شغل أجناسا سافلة كالعبد) أقول : الذي يشمل التركي والهندي وما جنسان سافلان ..

صحيحاً على القيمة فافترقا . قال (وإذا قبضها عتق) لأن في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم الغرض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر . ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل . والله أعلم .

ولنا أن هذا يعني ما قاله الشافعي قياس فاسد ، لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتدؤها أو من حيث الانتهاء . والأول لا يصح لأن البيع معاوضة مال بمال ، والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها في مقابلة فك الحجر في الابتداء . وكذلك الثاني لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء . وفي أن مبنى كل منهما على المساحة ، وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح . وقوله بخلاف البيع لأنه مبنى على الماكسة زيادة استظهار . انتهى كلامه . أقول : فيه نظر . أما أولاً فلأنه جعل قول المصنف فأشبهه النكاح مضرعاً على الشق الثاني حيث قال : فأشبهه النكاح في الانتهاء ، وليس بنام لأن كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله . وأما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال بغير ظاهر ومما لم يقل به أحد من الشراح هاهنا سوى تاج الشريعة والعيني فلأنهما قالاً في تعليل قول المصنف فأشبهه النكاح لأن منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى . فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأشبهه النكاح مضرعاً إما على الشق الأول فقط أو على مجموع الشقين . وأما ثانياً فلأنه قال : وهذا

لأن الخمر في حقهم كالحل في حقنا ، وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع من تملك الخمر وتملكها . وفي التسليم تملك الخمر لأن الغرض أن الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم ، بخلاف ما إذا كانت معينة فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة ، والتسليم نقل من يد إلى يد ، والمسلم غير ممنوع من نقل اليد . كما إذا غصب المسلم من الذي خرا ثم أسلم الذي فإنه لا يمتنع من استرداد خره من يد الغاصب ، وإذا كان ممنوعاً من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته ، وهذا بخلاف ما إذا تابع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ، لأن المعجز كما وقع عن تسليم المسعى وقع عن قيمته ، لأن قيمة المسعى لا تصلح عوضاً في البيع بحال ففسد وتصلح في الكتابة في الجملة . فإنه لو كاتب على وصيف : أي عبد للخدمة وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة لأن البقاء أسهل من الابتداء ، وإنما قيد بقوله على ما قاله البعض لأن بعض المشايخ قال : ينبغي أن يكون إيجاب في البيع كالجواب في الكتابة معنى ، والرواية في الكتابة رواية في البيع . قال (وإذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم الغرض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ، ولو أدّى الخمر عتق لما بينا في أول هذا الفصل) أنه إذا أدّى الخمر عتق . وقال زفر : لا يمتنع . وهذا لأن عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بأداء البدل المشروط ، فإذا وجد البدل وقع العتق . وذكر القمرواشي أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان في العتق بأداء الخمر روايتان . والفرق على إحداهما بينها وبين المسلم إذا كاتب عبده على خمر فأدّاها إلى مولاه فإنه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة إلى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لأنه انقصد صحيحاً على الخمر ابتداءً وبقي على القيمة صحيحاً بعد الإسلام ، ولا يتصور بقاؤه صحيحاً والخمر بدل فيه ، فبقاؤه صحيحاً دليل على أن الخمر لم يبق بدلاً فلا يعتق . وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسداً بسبب كون الخمر بدلاً وبقي كذلك فلا حاجة إلى إخراجها عن البدلية ، وإذا بقي بدلاً عتق بأدائها .

(قوله وفي التسليم تملك الخمر) أقول : أظهر أن يقول : وتملكها ليطابق المشروح ، ألا يرى أن المسلم إذا كان المولى فاللازم هو تملك المسلم الخمر ، وإنما جعل التسليم ظرفاً لعتق لاستلزامه إياه كأنه مضمحل عليه (قوله فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول : أي على رواية جواز الكتابة على عين فريد المكاتب (قال المصنف : ولو أداها عتق) أقول : قال الإقناني : أي لو أدى عين الخمر عتق أيضاً فيما إذا أسلم أحدهما ، إلا أن في الكتابة معنى التعلق ، وبه صرح الفاضلان في شرحه للجامع الصغير انتهى . وهل شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح السنناني فتأمل .

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً ، وذلك بالكية التصرف مستبداً به تصرفاً يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البذل ، والبيع والشراء من هذا القليل ، وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تنفق في الحضر فتحتاج إلى المسافرة ، ويملك البيع بالمحاباة لأنه من صنيع التجار ، فإن التاجر

المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح ، وجعل قول المصنف بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكة لزيادة الاستظهار ، وليس هذا بنام أيضاً لأن مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه أوفى وجه آخر ، فشابهة عقد الكتابة للنكاح فيها ذكر لا ينافي مشابهته للبيع أيضاً ، فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى ثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور . ولنا أن هذا قياس فاسد ، لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ . فكان قوله بخلاف البيع عمدة في إثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط ، والله الموفق للصواب .

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

الظاهر أن اكتضاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات . وإلا فقد ذكر في هذا الباب كثير مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له ، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح اهـ . وافق أثره والفاصلة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له ، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح اهـ . وافق أثره الشارح العيني . أقول : لا يذهب على من له أدنى مسكة سماجة التعليل بقولهما فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح ، فإن هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة ، بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب . وقال صاحب النهاية : لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاصلة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وأن لا يفعله انتهى . أقول : هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المسفوران ، لكن فيه أيضاً سماجة لأنه جعل قوله وأن لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لا يفعله ، ولا شك أن الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه إنما هو ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يزوّج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز أن لا يفعله ، فإن جواز أن لا يفعل شيئاً لا ينافي جواز أن يفعله أيضاً كما في الأشياء المباحة التي يستوى فيها جانباً الفعل والترك ، وما نحن فيه ليس كذلك قطعاً (قوله ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قال صاحب النهاية : قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال : وإذا صحّت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، وكأنه أعادها تمهيداً لقوله فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً فإنه لم يبين ذلك ببياناً ثم اهـ .

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاصلة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له ، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح . قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال :

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

(قوله فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح) أقول : هذا الوجه بظاهره لا يقتضي تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب ، بل يقتضي عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب) أقول : لا يخفى عليك أنه إنما

قد يجازي في صفقة ليربح في أخرى . قال (فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد ، وبمثله لا تفسد الكتابة . وهذا

أقول : لا يمتنع عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور إنما هو جواز السفر للمكاتب لاجواز البيع والشراء ، فحديث الإعادة للتصديق لا يمتنع علنا بالنظر إلى مقتضى البيع والشراء كما ترى . وقال بعض الفضلاء : لا يمتنع عليك أنه إنما ذكره هناك استطرادا . وإنما حمل ذكره هنا وهذا لفظ القدرى هاهنا انتهى . أقول : وهذا الذى ذكر هنا ليس بلفظ القدرى . وإنما لفظه : فيجوز له البيع والشراء والسفر بقاء التصريح على قوله وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، وبإظهار المكاتب دون إظهاره ، والذى ذكر هنا بالواو بدل فاء التصريح ، وبإظهار لفظ المكاتب إنما هو لفظ البداية . نعم حاصل معناها واحد ، لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا . فإنه قال هناك : فيملك البيع والشراء وانخروج إلى السفر ، ولا شك أن حاصل معناه متحد بما ذكره هنا . وعن هذا قال في غاية البيان : وهذه المسئلة وقع بينها مكررا لأنه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عند قوله وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، إلا أنه لم يذكر في البداية ثمة قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر ، وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية ، فلما بلغ في الهداية وهى شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير إخلال وإن كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا اه تفصير (قوله وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل : يعنى أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البديلين ، كما إذا قال كاتبك على أن تخدمنى مدة أو زمانا ، وهذا ليس كذلك لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى . وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال : قوله ولا فيما يقابله ممنوع ، فإن مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل ، فإن مراده بما يقابله هو المكاتب ، إلا أن هذا الشرط يخص به أيضا كما سيجيء بعد أسطر انتهى . أقول : ليس ذلك بشيء ، لأن كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضى كونه داخلا فيها ، فإن تخصيص الشيء قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه ، كما إذا عرفنا الإنسان بالحيوان الضاحك فإن قيد الضاحك يخص الحيوان بالإنسان مع أنه خارج عنه قطعاً ، وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا ، إذ لا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية ، وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب ، فإن اختصاص هذا الشرط به لا يقتضى دخوله فيه ، بل لا مجال لدخوله فيه أصلاً كما لا يمتنع . والذى نقاه صاحب العناية إنما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة أو فيما يقابله ، إذ به يتحقق التمكن في صلب العقد كما عينه (قوله وهذا

وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، وكأنه أعادها تمهيدا لقوله (فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فإنه لم يبين ذلك بيانه ثمة . وجه الاستحسان (أن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة ، لأن مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافهه لحصول ما هو المقصود بالعقد ، وذلك قد يكون بالضرب في الأرض والتقييد بمكان بنائه ، والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل . فإن قيل : هذا يقتضى بطلان العقد كما في البيع . أجاب بقوله (وصح العقد) يعنى أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب العقد ، وهو أن يدخل في أحد البديلين كما إذا قال كاتبك على أن تخدمنى مدة أو زمانا ، وهذا ليس كذلك (لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة ، وهذا) أى هذا التخصيص

ذكره هناك استطرادا ، وإنما حمل ذكره أسالة هنا ، وهذا لفظ القدرى هنا (قوله ولا فيما يقابله) أقول : قوله ولا فيما يقابله ممنوع ، فإن مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل ، فإن مراده بما يقابله هو المكاتب إلا أن

لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد ، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البذل والنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل . أو نقول : إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقا في حق هذا الشرط ، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة . قال (ولا يزوج إلا بإذن المولى)

لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد ، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البذل والنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل) أقول : لقائل أن يقول : قد مرّ قبيل هذا الباب في مسألة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها ، وردّوا على الشافعي قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل هاهنا بشبهه بالبيع أيضا . ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيا يمكن العمل بهما كما فيا نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الأول على الثاني فيا لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة فتأمل (قوله أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد الخ) قال صاحب غاية البيان : لو قال في جانب المولى إعتاق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى . أقول : كل من شق كلامه منظور فيه . أما شقه الأول فلا أنه لو قال في جانب المولى إعتاق لم يتم المطلوب ، لأن هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة إعتاقا في جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسرا في جانب العبد ، بخلاف ما إذا كانت إعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى . فلهذا قال : إن الكتابة في جانب العبد إعتاق . وأما شقه الثاني فلأن الإعتاق في قوله في جانب العبد إعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيقول إلى العتق ، فكان قوله في جانب العبد إعتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى . ثم قال صاحب الغاية : وهذا الذي قاله ضعيف ، إذ حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة أيضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق . ولقائل أن يقول : إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينفي أن لا تفسد الكتابة أيضا إذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف . والأولى ما بيناه آتيا من رعاية الشبهين ، إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه : ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فلها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد ، أو نقول : يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى . أقول : كل من وجهى دفعه غير سالم . أما وجهه الأول فلأن كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة ، فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد أيضا ، وإن

(لأن الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل واحتمالهما الفسخ قبل الأداء (وتشبه النكاح) من حيث أنها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا يبطلان الشرط وصحة العقد إذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح ، وببطلان العقد إذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع (أو نقول : إن الكتابة في جانب العبد إعتاق) لأن الإعتاق لإزالة الملك لا إلى أحد ، والكتابة كذلك لأنه لا يحصل للمكاتب شيء وإنما يسقط عنه ملك مولاه ، وكل شرط يخص بجانب العبد فهو داخل في الإعتاق لدخوله في الكتابة وهي إعتاق (وهذا الشرط يخص به) فهو داخل في الإعتاق (والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة)

هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجي . بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول : حاشية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح إلا أن يكون وجه الشبه بمجموع الموطوف عليه والمطوف (أي عدم صحتها بلا بدل) (قوله وعدم وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح) إلا أن يكون وجه الشبه بمجموع الموطوف عليه والمطوف (أي عدم صحتها بلا بدل) (قوله) يعني بلا ذكر بدل (قوله واحتمالهما الفسخ قبل الأداء) أقول : واحتمال الفسخ بعد الأداء أيضا لا يضرنا (قال المصنف أو نقول : إن الكتابة في جانب العبد إعتاق) أقول : قال الإيتاني : لو قال في جانب المولى إعتاق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى . والأمريه سبل (قال المصنف : فاعتبر إعتاقا في حق هذا الشرط) أقول : قال الإيتاني : ولقائل أن يقول إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينفي أن لا تفسد الكتابة أيضا إذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة ، فلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف انتهى . ولا يخفى عليك أنه يجوز

لأن الكتابة فك الحرج مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المقصود ، والزواج ليس وسيلة إليه ، ويجوز بإذن المولى لأن الملك له (ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير) لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه ، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بداً من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون . ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لأنه تبرع محض ، فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعه نفساً ومالاً لأن كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فإن وهب

رجع إلى العمل بكونها معاوضة فما دخل في صلب العقد وبكونها إعطاء في غير ما دخل فيه رعاية للشهين رجع هذا الوجه إلى الوجه الأول . وأما وجهه الثاني فلأن التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الإشكال المذكور . إذ لقاتل أن يقول : إذا كان لشبهه بالعق أثر ينبغي أن يعتبر إعطاء في غير هذا الشرط أيضاً (قوله لأن الكتابة فك الحرج مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المقصود والزواج ليس وسيلة إليه) قال بعض الفضلاء : تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكتابة نفسها ؟ وقال : ولا ينبغي أنه لا يمكن انتهى . أقول : بل يمكن تعميمه له . إذ الظاهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هو أن المكتابة بتزويج نفسها تملك المهر فيصير ذلك وسيلة إلى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة . ومأخذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سيأتي في تعليل مسألة جواز تزويج المكتاب أمته بقوله لأنه اكتساب المال فإنه يملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى . لكنه ليس بتمام ، فإن بين تزويج المكتابة نفسها وتزويج المكتاب أمته فرقا كما صرحوا به في أثناء شرح مسألة تزويج المكتاب أمته فيما سيأتي ، وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكتاب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن تملك المكتابة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لأنها تكسب به المهر وتسقط نفقها عن نفسها . ومع ذلك ذكر في باب جنابة رقيق المكتاب وولده من كتاب عتاق الميسر أن المكتابة لا تزوج بغير إذن المولى . وأجاب بأن تزويج المكتابة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحسين والعفة ، فإن مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال . فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناولها الفلك الثابت بالكتابة . وقال : وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الأمة ، وعزاه إلى الميسر . فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور هاهنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكتابة نفسها أيضاً كما لا ينبغي تأمل تقف . نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والزواج ليس وسيلة إليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكتاب ، فإن التزام المهر والنفقة إنما يتصور في حق المكتاب دون المكتابة ، لكن الكلام في إمكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف . ثم إن الدليل الأظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : ولا يجوز للمكتاب أن يتزوج

قال (والزواج ليس وسيلة إليه) الكتابة فك الحرج مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المقصود : أي إلى مقصود المولى من البذل وذلك لقيام الملك ومقصود المكتاب وهو تحصيل الكسب للإبقاء وذلك بفك الحرج والزواج ليس وسيلة إلى المقصود ، بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحرج ، لكن إذا أذن له المولى بذلك جاز لأن الملك فيه قائم (ولا يهب ولا يتصدق) المكتاب (إلا بالشيء اليسير) وكلامه فيه ظاهر ، والمجاهز عند العامة : هو الغني من التجار . وكأنه أريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالمجاهز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرف إلى المجاهر ، كذا في المضرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعه) يعني في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لأن الثاني تبرع محض فكان كالمهية ، والأول إقراض لأن التكفل متى أدى صار مقرضاً بما أدى للمكفول عنه ، والإقراض تبرع ، وإنما قيد بالحال لأنها بعد التمتع صحيحة في حق فكان كالمهية ككفالة العبد المحجور عليه . فإن قيل : بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره . أجيب بأنه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيجس على ذلك وهو يخل

دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فإنها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد . أو نقول : ينتفع بقوله في حق هذا الشرط بالتفصيل في حواشي حيد الدين الضرير فراجعهم (قال المصنف : ويجوز بإذن المولى لأن الملك له) أقول : تأمل ، هل يمكن

على عوض لم يصح لأنه تبرع ابتداء (وإن زوج أمته جاز) لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد . قال (وكذلك إن كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي ، لأن ما له العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال . وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كنز وبيع الأمة وكالبيع ، وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البذل إليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له ، بخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له . قال : فإن أدّى الثاني قبل أن يعتق الأول فولأؤه للمولى ، لأن له فيه نوع ملك ، وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة ، فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئا (فلو أدّى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه) لأن المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق (وإن أدّى الثاني بعد عتق الأول فولأؤه له) لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له . قال (وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه . أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته

بغير إذن مولاه . وكذا المكاتب لأن المكاتب عبد ما يتى عليه درهم ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» لأن المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافع ومكاتبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين أنه لا ينفرد واحدهما بالنكاح انتهى كلامه . نعم ما ذكره من الدليلين بعبارة ورد في المذكر ، ولكن بدلالته يعم الموت أيضا لا محالة (قوله وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه)

بالاكتساب الذي يحصل به المال . وقوله (وإن زوج أمته جاز) ظاهر . وقوله (ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه . ومن ملك شيئا جاز أن يملكه غيره كالمعبر يعبر (بخلاف الإعتاق على مال) فإنه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما أوجب للأول ، فإن العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على أداء المال ، وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تملك ما لا يملكه وهو لا يجوز (قوله فإن أدّى الثاني) يعني إن أدّى الثاني المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الأول (عتق الثاني) لتحقيق شرط عتقه (ولولاه للمولى لأنه فيه نوع ملك) لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول فكان كتابة المولى للأول بمنزلة علة العلة ، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكا للمولى كالأول (وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وإن كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستثناء على مواليه (فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية) لكونه رقيقا (أضيف إليه) أي إلى المولى لكونه علة العلة (كالعبد إذا اشترى شيئا) فإنه يثبت الملك للمولى لتعذر إثباته للعبد لعدم الأهلية (فلو أدّى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه ، لأن المولى جعل معتقا) مباشرة حكما لما أن العقد انتقل إليه لعدم أهلية المكاتب للإعتاق (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة ، وقيد بقوله مباشرة للابتراد بجر الولاء ، فإن ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسببا باعتبار إعتاق الأم ، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة ، والتعذر عند عدم عتق الأب ، فإذا عتق زال فينتجر الولاء إلى قوم الأب (وإن أدّى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتق الأول فولأؤه للأول لأن المباشرة من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت) . قال (وإن أعتق عبده على مال)

تعمم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها ولا يحن أنه لا يمكن (قوله بخلاف الإعتاق على مال فإنه لا يملكه) أقول : والإعتاق مصدر من المبتدئ للمفعول : أي لم يحصل له في حال العتق على المالك حتى يملكه غيره .

وإثبات الدين في ذمة المفسد فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة . وأما الثالث فلا أنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر . قال (وكذلك الأب والوصي) في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لأنهما بإمكان الاكتساب كالمكاتب ، ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظرا له ، ولا نظريا سواهما والولاية نظرية . قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : له أن يزوجه أمته)

قال صاحب العناية في حل هذا المجل : قد تقدم أن المكاتب إما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها ، وإعتاق العبد على مال وغيره مما ذكر هاهنا ليس من ذلك فلا يملكه اهـ . أقول : قد أخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال : إن المكاتب إما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع أنه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فإن الاكتساب أعم من التجارة كما سيجيء . فالحق هاهنا عبارة المصنف حيث قال : لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه . لا يقال : إن مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وإن لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله أو من ضروراتها . لأننا نقول : ليس ذلك من ضروراتها أيضا لأن المأذون له يملك التجارة إجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحهما الله كما سيأتي . وقد تقرر عندهم أن من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل ، فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا إجماعا ، فلا يحصى عن الخذور في كلام الشارح المزبور إلا بأن يعمل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب إطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الأب والوصي) في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني يملك الأب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ، ولا يملك في رقيق الصغير مالا يملكه في رقيق نفسه فيممكن أن تزويج أمه الصغير وكتابة عبده لاتزويجه ولا يبيعه من نفسه ولا إعتاقه على مال ، كذا قالوا . واعترض عليه صاحب الإصلاص والإيضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول : الإعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع هاهنا ، بخلاف المكاتب فإن كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فإذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا اهـ . أقول : لم يجر في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب أن العتق أنفع من البيع ، وإنما الذي مر وتقرر في عامة الكتب أن الكتابة أنفع من البيع لأنها لاتزيل الملك إلا بعد وصول البدل إلى المالك والبيع يزيله قبيله ، ولا شك أن الإعتاق على مال يزيله قبله أيضا مع ما فيه من إثبات الدين في ذمة المفسد كما مر آنفا فلم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فيقبل قوله فإذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا (قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحهما الله وقال أبو يوسف : له أن يزوجه أمته) أقول : في هذا التحرير نوع إشكال ، لأنه إن كان المشار إليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وإن عتق عبده على مال أو بابه نفسه أو تزوجه عبده لم يجر ، فمع كون كلمة أما في قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يباه ، إذ حكم ما ذكر قبيله أيضا عدم الجواز ينافية قوله وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته ، فإن تزويج الأمة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قد تقدم أن المكاتب إما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها ، وإعتاق العبد على مال غيره مما ذكره هاهنا ليس من ذلك فلا يملكه . وقوله (وأما الثالث فتتقيص له) لأن من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب ، وسلامه ظاهر . وقوله (حل ما مر) إشارة إلى قوله وإن تزوجه أمته جاز لأنه اكتساب للمال (قوله وكذلك الأب والوصي) ظاهر (قوله ولأن في تزويج الأمة والمكاتبة نظرا) أما في تزويج الأمة فلما مر آنفا ، وأما في الكتابة فلا أنه بالعجز يرد رقيقا ، فرما كان العجز بعد أداء نجوم وذلك لاشك في كونه نظرا (قوله فأما المأذون له) فظاهر .

(قوله إما يملك ما كان من التجارة) أقول : الأول أن يقول : من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم المعنى فإن الاكتساب أعم من التجارة كما سيجيء بعد سطور . وملكه المكاتب (قوله وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول : لا وجه للقاء ، إذ لا يتضمن المبدأ معنى الشرط .

وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة .

قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف أبي يوسف فيه ، وإن كان المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فإنهما يجوزان للمأذون له قطعاً كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكل . فإن قلت : المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب أصالة ، ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر إنما ذكرت في أول هذا الباب تمهيداً لقوله فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثمة . قلت : قد عرفت هناك أن ما يصلح للتمهيد إنما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتى جواز البيع وجواز الشراء ، فحديث الذكر للتمهيد دون الأصالة لا يتم عنرا لاهناك ولا هنا . واعلم أن صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولاً ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفروه وإن شرط ضده وإنكاح أمته وكتابة عبده . وثانياً ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه إلا بإذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقه إلا بيسره وتكفله وإقراضه وإعتاق عبده ولو بمال . ثم لما قال : وشيء من ذا لا يصح من مأذون ومضارب وشريك تفتن شارحها صدر الشريعة لما في المشار إليه من الاشتباه والإشكال ، فحمل الإشارة على المنفيات فقط وهى من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتى البيع والشراء من المثبتات . وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه . أما أولاً فلأن المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختطبة مع الأخرى فلا تفهم الإشارة إلى البعض دون الآخر من اللفظ . وأما ثانياً فلأن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته يمنع ذلك . لأن تزويج الأمة من قبيل المثبتات في المكاتب ، وأنا أنعم من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم هاهنا لا للتوجيه ولا للإشكال مع ظهور الركافة في التحرير (قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة) أى أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب ، فإن المكاتب يجوز له أن يزوجه أمته فكل ذلك المأذون له ، واعتبره التزويج بالإجارة فإن المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته فكل ذلك يجوز له أن يزوجه أمته كذا في الشروح . أقول : في كل

وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلاخلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال : ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه . وقوله (هو) يعنى أبا يوسف (قاسه على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أن يزوجه الأمة فكل ذلك المأذون له (واعتبره بالإجارة أى اعتبر التزويج بالإجارة فإن المأذون له جاز له أن يؤجر عبده أو أمته فكذا يجوز له أن يزوجه أمته ، وقاسه واعتبره مترادفان . وقبل استعمل القياس بين العيينين : أى المأذون والمكاتب ، والاعتبار بين الفعلين : أى التزويج والإجارة لأن المماثلة بين العيينين ظاهرة ، إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى ، بخلاف الفعلين لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية لا غير ، لأن الإجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج ، وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعى فذلك لا يكون بين عيينين ،

(قوله ذكر في بعض الشروح) أقول : يعنى غاية البيان (قوله وفيه ما فيه) أقول : فإن دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق ، وما ذكره عن الكرخي أيضاً ممنوعة ، لكن العلامة الإفتائي لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره ، بل نقل عن شرح الجامع الصغير لفتاوى أبي الليث ، وعن شرح الطحاوى للإمام الإسيبى ما يدل صريحاً على الاتفاق ، وما ذكره عن الكرخي أيضاً يصلح مؤيداً لذلك ، ويكفى ذلك لذكره في هذا المقام . ثم قوله يجوز له أن يكاتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب ، والصواب يجوز له تزويج الأمة إذ الكلام فيه (قوله وقيل استعمل القياس) أقول : القائل هو المفتاى (قوله لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية) أقول : في المحصر كلام ، فإنهما يشتملان في كون كل منهما من طرق الكسب (قوله لأن الإجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول : لا يدل على المحصر الذى ادعاه (قوله وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعى الخ) أقول : المراد هو القياس الشرعى . وقوله لا يكون بين عيينين إن أراد أنه لا يكون بين عيينين حقيقة فسلم ، وإن أراد أنه لا يحمل العيينان مقياساً ومقياساً عليه مجازاً ففساده ظاهر ، والمحكم بالأولوية لظهور المماثلة في الأول دون الثاني .

ولهما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة ، فأما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ،

من قياسه واعتباره نظر . أما في الأول فلائنه لوصح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضا ، فإن المكاتب يجوز له أن يكتب عبده فينبغي أن يجوز للمأذون له أيضا أن يكتب عبده بطريق القياس . مع أن كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق . وأما في الثاني فإنه لو تم اعتبار التزويج بالإجارة من حيث أن جوازها للمأذون له يقتضي جوازها له أيضا لزم أن يجوز تزويج عبده أيضا كما يجوز لإجارة عبده وأمه على ما نصوا عليه مع أنه لا يجوز له تزويج عبده بالإجماع . ثم إن صاحب النهاية قال : ثم استعمل لفظ القياس في العيين وهما المأذون والمكاتب ، ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجارة ، لأن المائلة بين هذين العيين ظاهرة . إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك . وأما في هذين الفعلين فالمائلة بينهما من حيث الفعلية لا غير ، لما أن الإجارة من المعاضات المالية من الجانبين لأن للمنفعة حكم المالية ، ألا يرى أن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت ديناً بمقابلة الأموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق أه كلامه . أقول : فيه بحث . أما أولاً فلائنه إن أراد بقوله إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعاً . إذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على مفصل في كتابهما ، وإن أراد بذلك أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف الذي أطلق في الآخر أيضاً فليس كذلك أيضاً ، ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق ، وإن أراد بذلك أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فهذا القدر لا يتحقق المائلة المصححة للقياس فضلاً عن ظهورها . وأما ثانياً فلائنه قوله لما أن الإجارة من المعاضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المائلة بين ذلك الفعلين من حيث الفعلية لا غير ، فإن انتفاء المائلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المتخصصة لا يستدعي انتفاءها من الخيائيات الأخرى التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب . وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر ، لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيين ، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته أه . أقول : هذا النظر متدفع ، فإن المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد إليه جملة دليلاً على المسئلة الشرعية . قوله فذلك لا يكون بين عيين إن أراد به أنه لا يكون بين نفسى العيين من حيث ذاتيهما فهو مسلم ، ولكن ليس . راد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العيين استعماله بينهما من تلك الحيثية ، بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وقصر فهمما ، ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية ، وإن أراد به أنه لا يكون بين العيين بحجية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة ، على أنه لو كان المراد بالقياس هاهنا غير الشرعي كان منع الأولوية أيضاً ساقطاً ، لأن لفظ القياس أكثر وأشهر استعمالاً في معنى المائلة من لفظ الاعتبار ، حتى أن معنى المائلة كان معتبراً في أصل معنى القياس من حيث اللغة ، وعن هذا قال في مصاح الجوهري وغيره : قاس الشيء بالشيء قدّرته على مثاله . فكان استعمال لفظ القياس في الشئتين اللذين بينهما مائلة ظاهرة ، واستعمال لفظ الاعتبار في الأمرين اللذين بينهما مائلة خفية أولى من العكس قطعاً ، لأن فيه توفيق الأحمق للأحمق والأضعف للأضعف . ثم إن رأى صاحب العناية هاهنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في النهاية : وقاسه واعتبره مترادفان أه . أقول : إن أراد أنهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جداً ، وإن أراد

وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته (ولهما) وهو الفرق بين المأذون والمكاتب (أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا) أى تزويج الأمة (ليس بتجارة) لأنه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك (والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب) لأنه اسم لما يتوصل به إلى المال ، وبالتزويج توصل المولى إلى المهر فكان اكتساباً .

(قوله وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته) أقول : فيه بحث .

ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة، إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد، والله أعلم.

أما مترادفان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه يفتيح (قوله ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة إذ هي مبادلة المال بالمال) أقول: يرد على قوله إذ هي: أي الإجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حيث أن ينقص تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالإجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه. وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحث. لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة فليتأمل اه. أقول: يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف هاهنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة المناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال اه، بأن مرادهم ما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة، ومراد المصنف بالمال في قوله إذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وإن لم يكن مالا حقيقة، فإن أحد البديلين في عقد الإجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم ربة العين وإقامتها مقام المنفعة، بخلاف عقد الكتابة، وبفصح عن كون المراد بالمال في قوله إذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا من أن المنفعة في الإجارة في حكم المال اه. ثم أقول: ويمكن أن يحمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال، فحيث لا يرد انتقاض تعريف البيع بالإجارة لأن أحد البديلين هناك مال حكما لاحقيقة كما عرفته آنفا. ثم إن عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف إذ هي مبادلة المال بالمال لأن المنافع في باب الإجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل: ولأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهرا في النكاح مع أن النكاح شرع ابتغاءها بالمال لقوله تعالى: أن تنبذوا بأموالكم - اه. وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الواو في قوله لأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهرا في باب النكاح بل جعله علة لما قبله. أقول: فيه بحث لأنه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وإن تزوج حر امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك: ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال، وكذا المنافع على أصلنا اه. فإنه صريح في أن المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل.

(قوله) ولأنه أي التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لأنها مبادلة مال بغير مال أولى من اختياره بالإجارة لأنها مبادلة المال بالمال، لأن المنافع في باب الإجارة مال (ولهذا) أي ولأن التزويج ليس من الاكتساب (لا يملك هؤلاء) أي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لأنه ليس باكتساب المال.

(قال المصنف: ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة، إذ هي مبادلة المال بالمال) أقول: فيه بحث، لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة فليتأمل (قوله ولهذا) أي ولأن التزويج ليس من الاكتساب (أقول: إن أراد تزويج الأمة فلا شك أنه من الاكتساب، وإن أراد مطلقا فلم يدع أحد أنه من الاكتساب).

(فصل)

قال (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) لأنه من أهل أن يكتاب وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكانها تحقيقا للصلة بقدر الإمكان ؛ ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه (وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاده لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة ، وقالوا : يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية . وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا . غير أن الكسب يكفي الصلة في الولاد حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تنجب نفقة الأخ إلا على الموسر ، ولأن هذه قرابة توسطت بين بنى الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق ،

(فصل)

لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الأصالة شرع في ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها لأن التبعية يتلو

(فصل)

لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الأصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الأصل . قال (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) تقدم الأب في الذكر هاهنا على ابنه لتعظيم ، وأما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الأب سواء كان ولودا في الكتابة أو مشترى والمولود مقدم على المشتري ، فإن المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فإنه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الأب ، والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الأب حالا ، ولا يتمكن من السعاية على نجوم الأب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية . وأما الأب فإنه يحرم بيعه حال حياته ابنه المكاتب ، ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا موقعا ، وإنما قال دخل في الكتابة ولا يقل صار مكاتباً ، لأنه لو صار مكاناً لكان أصلاً ولقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي ، وليس كذلك بل إذا عجز المكاتب بيع الأب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الأصالة . فإن قيل : ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الأولاد وبين ما إذا كاتب عبده على نفسه ولده الصغير ، فإنه إذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء ، وإذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه . أجيب بأن المشتري تبع من كل وجه فلا يعتبر به في أمر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة . وأما الصغير فقد كان مقصوداً بالعقد من وجه وكان البدل في مقابله ومقابلة والده فهذا يسقط ما يخصه ، ثم المكاتب إذا اشترى من بينه وبينه ولا دخل في كتابته كما ذكرنا لأنه لما لم يكن من أهل الإعتاق جعل مكانها تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان (وإذا اشترى ذا رحم محرم منه لأولاده لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة ، وقالوا : يدخل) اعتباراً بقرابة الولاد لأن وجوب الصلة ينتظمهما ، ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية ولأبي حنيفة أن للمكاتب كسباً لا ملكاً لأنه ملك لغيره كما عرف وهذا لا يملك الهبة ، ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي للصلة في الولاد لا في غيره ، ألا يرى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا ينب نفقة الأخ إلا على الموسر ، ولأن هذه : أي قرابة الأخوة (توسطت بين) القرابة البعيدة من (بنى الأعمام والقرابة القريبة وهي (الولاد) والمتوسط بين الشبهين ذو حظ منهما (فعملنا بالشبهين) وألحقناها بالثانية) أي القرابة في العتق حتى إذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما إذا ملك والده

(فصل وإذا اشترى المكاتب)

(قوله والمولود مقدم) أقول : أي المولود في الكتابة الخ (قوله فإنه يحرم بيعه حال حياته) أقول : يعني حال حياة الأب (قوله على نجوم الأب) أقول : يعني بعد موته (قوله ولأن هذه : أي قرابة الأخوة) أقول : الأنسب أن يقال : أي قرابة المحرمية غير الولاد

وبالأول في الكتابة وهذا أولى لأن العتق أسرع نفوذا من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه . قال (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يميز بينهما) ومعناه إذا كان معها ولدها ، أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه ، وأما امتناع بيعها فلأنها تباع للولد في هذا الحكم ، قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » وإن لم يكن معها ولدها فذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد لأنها أم ولد خلافا لأبي حنيفة .

الأصل (قوله وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يميز بينهما) هذا لفظ القدوري . قال المصنف : ومعناه إذا كان معها ولدها . وقال صاحب العناية في شرح المقام : امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فلها فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق . أقول : في عبارته خلل ، لأن القنة بالتاء في وصف المرأة تخالف اللغة ، إذ قد تقرر في كتب اللغة عامة أن لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب : وأما أمة قنة فلم أسمعه اهـ . (قوله وأما امتناع بيعها فلأنها تباع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها ») قال تاج الشريعة : فإن قلت : إذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للأُم حقها وهاهنا يثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للأُم حقها تحقيقا لانحطاط ربتها عن الولد . قلت : للكتابة أحكام : منها عدم جواز البيع فيثبت للأُم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة . فإن قلت : لم لاتصير مكاتبه تبعا للولد ؟ قلت : لأن العقد ما ورد عليها اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لاتصير مكاتبه تبعا للولد ، وإنما يقتضي أن لاتصير مكاتبه أصالة ، ألا يرى أن المكاتب إذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته ويصير مكاتبه تبعا لولده كما مر ، مع أن العقد ما ورد على الأب هناك أيضا قطعا . فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال : إنما لاتصير مكاتبه تبعا لولده تحقيقا لانحطاط ربتها عن ولدها في حق الحرية ، ألا يرى أنها لاتصير حرة في الحال تبعا لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل يموت سيدها على ما عرف في موضعه ، فكذا لاتصير مكاتبه تبعا لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الأول ، بخلاف الأب إذا ملكه

أو ولده (وبالأول) أي بالعيدة (في الكتابة) حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما إذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس . لأننا لو ألحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضا في العتق (لأنه أسرع نفوذا من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق ليس له ذلك) وفي ذلك إبطال لأحد الشبهين وإعمالهما ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما . قال (وإذا اشترى أم ولده الخ) امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فلها ، فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لأن ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يميز بينهما إذا عجز ، والأم تابعة للولد في هذا الحكم ، قال صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » وإن ملكها وحدها فذلك عندها لأنها أم ولد خلافا لأبي حنيفة . له أن القياس جواز بيعها وإن كان الولد معها ، لأن كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل ، فإن أدى عتق ، وإلا فضل معه فهو له ، وإن عجز عاد هو وماله للمولى ، وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ، وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به مالا يقبل الفسخ كالاستيلاء ، لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله ، والأقوى لا يجوز أن يكون تبعا للأدنى إلا أنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما إذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه ، وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء القياس ينفيه . ولقائل أن يقول : القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل ، فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام محكم . والجواب أنه ليس بتحكم ، وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب . وقوله والقياس ينفيه : يعني

(قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول : أي بالشراء أو الهبة أو الإجارة ، وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها .

وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به مالا يحتمل الفسخ، إلا أنه ثبت به هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه، وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (وكان حكمه كحكمه وكسبه له) لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا يتقطع بالدعوة اختصاصه . وكذلك إن ولدت المكاتب ولدًا لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاء .

وله فإنه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان على ما مر . ثم قال تاج الشريعة : فإن قلت : العقد ما ورد على الولد أيضاً . قلت : ورد على المكاتب والولد جزءه فيكون وارداً عليه بخلاف الأمة اهـ . أقول : فيه أيضاً نظر ، لأن كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الأب وروداً على الولد أيضاً وإلا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضاً فيما نحن فيه أصالة لاتبعاً لوالده فلا يصح قول المصنف : أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى . ويلزم أيضاً أن لا يثبت . فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما إذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما إذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تقف (قوله وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد ، إلى قوله : وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل ، فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافي لصدر الكلام بتحكم . والجواب أنه ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعطتها ولدها » ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب . وقوله والقياس ينفيه : يعني ولا نص فيه يترك به القياس ، بخلاف ما إذا كان معها ولدها ، إلى هنا كلامه . أقول : في الجواب بحث ، وهو أن الأثر المذكور لا يفرق بين ما إذا كان معها ولدها وبين ما إذا لم يكن معها ولد ، بل هو بظاهر إطلاقه يتناول الصورتين معاً ، فقوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب إن أراد أن الأثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جداً ، وإن أراد به أن ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذكور عليه فهو يؤدي إلى المصادرة إذ هو أول المسئلة ، فإن الإمامين لم يقبلوه فلهم لم يجوز بيع المكاتب امرأته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناءً على أنها أم ولد له وإن لم يملك ولدها .

ولا نص فيه يترك به القياس ، بخلاف ما إذا كان معها الولد (وإن ولد للمكاتب ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال : لأنه من أهل أن يكاتب إن لم يكن من أهل الإعتاق . واعترض بأن المكاتب لا يملك التسرى فمن أين له ولد من الأمة حتى يدخل في الكتابة . وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسرى لا ينحل له وطء أمته ، لكن إن وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فإنه ليس لأحد الشريكين وطؤها . لكن إن وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب . قال في المبسوط : جارية بين حر ومكاتب ولدت ولداً فادعاه المكاتب ، فإن الولد ولده والجارية أم ولد له ، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لأن المكاتب بماله من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحرة فيقيام الملك له في نصفها هاهنا يثبت نسب الولد منه من وقت الطلق ، ويثبت لها حق أمة الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه كحكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أي كسب الولد كسبه لوالده (لأن كسب الولد كسب كسبه) إذ الولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا يتقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسبه ولده ، وكذلك إذا ولدت المكاتب من زوجها دخل الولد في كتابتها لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً) فصار من الأوصاف القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات (كالتدبير والاستيلاء) والحرية والرق تسرى إلى الولاد ، فقوله مؤكداً إشارة إلى ذلك احترازاً عن ولد الآفة ، فإن بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لأن امتناع البيع في الآفة غير مؤكداً إذ الإباق ما لا يدوم ، وكذا بيع المستأجرة وإلحانية فإن الأمة إذا انصفت بهما امتنع بيعها إلا مقرونًا بشيء لكنه ليس بمؤكداً ، فقوله الأوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين . وقوله الشرعية احتراز عن السواد واليباض والطول والقصر فلها لا تسرى ، وإذا

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية . قال (وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة ، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : أولادها أحرار بالقيمة) لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور ، وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد ، ولهما أنه مولود بين رقبين فيكون رقباً . وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية ، وخالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم . وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاهنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق

قط ، على أن قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتمام على قول أصحابنا جميعاً ، لأنه إن أراد بالملك في قوله إذا ملكه الأب ملك الميراث فهو ليس بشرط في إعتاق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ، ألا يرى أن الحر إذا استولد أمته نفسه لا يجوز بيعها بالأثر المزبور بعينه مع أن الولد هناك ليس بمملوك للأب ملك الميراث بلا ريب ، وإن أراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضاً ليس بشرط في إعتاق الولد أمه عند أصحابنا ، فإن من استولد أمته غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا جميعاً على ما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم ، مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه إنما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب أن كانت الأمة مملوكة له عند الاستيلاء لأبيه ، فظهر أن قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتمام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها) وفي بعض النسخ : دخل في كتابتها وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعهما ،

سرت كتابتها إلى ولدها لم يميز بيعة كما لم يميز بيع أمه . قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضاً بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسرى إلى الأولاد ولهذا كان الولد داخل في كتابة الأم وكسبه لها (قوله لأن تبعية الأم أرجح) إشارة إلى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية . وفي بعض النسخ : دخل في كتابتها وكسبه لها أي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة ، والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب ، وإنما كان تبعية الأم أرجح لأنه جزء منها بحيث يفرض منها بالمقراض . قال (وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤذيها إلى المستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : أولادها أحرار بالقيمة) لأنه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور ، لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد فيجب عليه قيمة الأولاد والمهر في الحال لوجود الإذن من المولى والأولاد أحرار ، هكذا في البسوط . وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الأولاد عنده متأخر أداؤها إلى ما بعد العتق ، وإليه أشار المصنف بقوله (لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الخ) ثم إذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لأن الغرور حصل منها (ولهما أنه مولود بين رقبين ، والمولود بين رقبين رقب ، وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية . لكن تركنا هذا الأصل فيما إذا كان الرجل حراً بإجماع الصحابة) وقد قررناه في التقرير (وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاهنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق) فكان المانع عن

(قوله والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب) أقول : فيه تأمل ، إذ يجوز أن يقال : فائدته أن يعتق بمتعتها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلاً (قوله وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية) أقول : قد يكون الولد حراً من زوجين اثنين بلا تحرير ووصية . وصورته أن يكون الحر ولد وهو قن لأجنبي فزوج الأب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الأمة ولداً فهو حر لأنه ولد له المولى ، كذا في جامع التفصيلين ، ولا ترد هذه نقضاً على الكلية لأنها مقيدة بانتفاء المانع (قال المصنف : وهذا ليس في معناه ، لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاهنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق)

فيبقى على الأصل ولا يلحق به . قال (وإن وطئ) المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة ، وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعق وكذلك المأذون له (ووجه الفرق أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة ، وهذا العقر من توابعها ، لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر . أما لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا تنظمه الكتابة كالكفالة . قال (وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردّها أخذ بالعقر في المكاتب ، وكذلك العبد المأذون له) لأنه من باب التجارة ، فإن التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا ، والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتركيب فكان ظاهرا في حق المولى .

(فصل)

قال (وإذا ولدت المكاتب من المولى

وفي الكسب يتبعها خاصة ، والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب ، كذا في العناية وغيرها . قال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، إذ يجوز أن يقال فائدته أن يعق بعقها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى . أقول : ليس هذا بشيء لأن المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الأب هو الكسب له لا غير ، لأنه لا يتبع الأب في الرق والحرية ، فلما كان كسبه للأمة خاصة لم تتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه . ثم إن عتق الولد بعق أمه إنما يكون فائدة لولد نفسه لا للدخول فيه . والكلام في الثاني . ولئن سلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضا فتلك الفائدة أيضا إنما تتحقق بالنظر إلى دخوله في كتابة أمه فقط ، فلا ينافي كون الأول هو الوجه ، بل يؤيده . وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له هاهنا ، لأن المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجملة ، والكسب كذلك فإنه على تقدير حصوله يصير فائدة .

(فصل)

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ، ففصلها بفصل ووصلها بالذكر ، كذا في الشروح

الإلحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير (فيبقى على الأصل ولا يلحق به ، وإذا اشترى المكاتب أمة ووطئها بغير إذن المولى) أو إذنه لكنه قال بغير إذنه ليتبين منه ما إذا كان إذنه بطريق الأولى (ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة من غير تأخير إلى الإعناق) وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعق (فإذا كان بغير إذنه (و حكم (المأذون له كذلك) فإنا كان أو مدبرا ، والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة أوجب الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقط الحد أوجب العقر ، فالكتابة أوجب العقر ، ولا كذلك النكاح ، وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح .

(فصل)

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ففصلها بفصل (قوله وإذا ولدت المكاتب من المولى) وذلك

فيبقى على الأصل ولا يلحق به) أقول : قيل وعلى تقدير أن تجب القيمة عند محمد حالا فنقول : ولد المكاتب ليس فمعى الحر ، لأنه انما خلق من ماء الرقيق ، وولد الحر انما خلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه ، فلا يلحق حله بوله الحر المنزور بالقياس والدلالة فتأمل . (قوله تقريره الكتابة أوجب الشراء) أقول فيه : بحث ، إلا أن يقال : المراد أوجب صحة الشراء .

(فصل وإذا ولدت المكاتب)

فهى بالخيار إن شأنت مضت على الكتابة ؛ وإن شأنت عجزت نفسها ، وصارت أم ولد له) لأنها تلقها جهتا حرية عاجلة بيدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ، ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لأن المولى يملك الإعناق فى ولدها وما له من الملك يكفى لصحة الاستيلاء بالدعوة . وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاهما لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قلنا . ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة ، وإن ماتت وهى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة ، وإن لم تترك مالا فلا سعاية

(قوله ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة . قال تاج الشريعة ، فإن قلت : ينبغي أن لا يسقط لأن الأكساب تسلم لها وكذا أولادها التى اشترأها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة . قلت : الكتابة تشبه المعاوضة ، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط ، وبالنظر إليه يسقط ، ألا يرى أنه لو قال لأمرائه إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يظل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الأكساب عملا بجهة المعاوضة ، وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط ، انتهى كلامه . وقد اختلف أثره صاحب العناية والشارح العيني فى هذا السؤال والجواب . أقول : فى الجواب نظر . أما أولا فلأنه قد تقرر فيما مر أن العمل بالشبهين إنما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين ، وهما هنا ليس كذلك لأن جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل ، وجهة كونها شرطا تستلزم سقوطه ، وهما : أى السقوط وعدمه متافيان قطعيا لا يمكن اجتماعهما فى محل واحد فى حالة واحدة ، وتنافى اللازمين يوجب تنافى المزمعين فلا يمكن اجتماعهما كذلك . وأما ثانيا فلأن العمل بالشبهين لو تصور هاهنا فلنما يتصور عند ثبوت الكتابة لأنها هى المشابهة لكل من المعاوضة والشرط ، لا عند بطلانها لأنه ينتفى حينئذ على المشابهة بالكلية ، فامعنى قول هؤلاء الشراح : فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين . وقلنا بسلامة الأكساب عملا بشبه المعاوضة ، وقلنا بسقوط الكتابة عملا بشبه الشرط . ثم أقول : الحق

بأن ادعائها (فهى بالخيار إن شأنت مضت على الكتابة ، وإن شأنت عجزت نفسها وصارت أم ولد له سواء صدقته إذا ادعى أو كذبت ، لأن للمولى حقيقة الملك فى رقبته ولها حق الملك والحقيقة راجعة فيثبت من غير تصديق وإنما تتخير (لأنه تلقها جهتا حرية عاجلة بيدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت به لسته أشهر أو أكثر (وهو حر لأن المولى يملك الإعناق فى ولدها) لأن الدعوى من المولى كالتحرير ، وأنه يملك تحرير ولدها من غيره قصدا ، فلأن يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الأولى . وقوله (وما له من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى ، ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى فى الكتابة ناقص فلا تصح دعوته . لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب فى مكاتبته بدليل جواز إعناق المولى مكاتبته دون المكاتب ، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبة فلأن يثبت من المولى أولى ، (فإن اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاهما) أى مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قلنا) يعنى قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لأنها صارت أخص بأجزائها توصلها إلى المقصود بالكتابة (ثم إن مات المولى) يعنى بعد مضيا على الكتابة (عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) على ما نذكره . فإن قيل : وجب أن لا يسقط لأن الأكساب هاهنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة . أجيب بأن الكتابة تشبه المعاوضة ، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط ، وبالنظر إليه يسقط ، ألا يرى أنه لو قال لأمرائه إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يظل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين ، وقلنا بسلامة الأكساب عملا يشبه المعاوضة ، وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا يشبه الشرط (وإن ماتت وهى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة ، وإن لم تترك مالا فلا سعاية

(قوله سواء صدقته إذا ادعى أو كذبت لأن للمولى الخ) أقول : قوله لأن تعليل لقوله أو كذبت (قوله فعملنا بالشبهين) أقول : نظرنا لما (٢٤ - تكملة فتح القلندر حنى - ٩)

على الولد لأنه حرّ، ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعى حرمة وطئها عليه ، فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعاً لها ، فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها . قال (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ، ولا تنافي بينهما لأنه تلقىها جهتها حرية (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاء) لتعلق عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكتابة) لأن الغرض من إيجاب البذل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها بغير فائدة ،

في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار إليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله غير أنه تسلم لما الأكساب والأولاد ، لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الأكساب والأولاد ، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل (قوله وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ، ولا تنافي بينهما لأنه تلقىها جهتها حرية) قال صاحب العناية : لا يقال أحدهما يقتضى العتق ببذل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين ، لأنه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البذل انتهى . وردّ بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بأن قال : إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم ، كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لما الأكساب ، بخلاف العتق بأموية الولد ، وإن أراد النوعية فلا تنافي انتهى . أقول : وهو محدود بشقيه . أما شقه الأول فلأن صاحب العناية إن أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه ، لأنه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة ، والعتق بأموية الولد في اللوازم سنداً لمنع ذلك ، بل قال : العتق الواحد لا يثبت بهما ، وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسيبين المختلفين في اللوازم أمر جلي لا يقبل المنع ، وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة النسخ لا يصح أن يكون سنداً لمنع ذلك ، بل إنما يكون حلة لسقوط المنع عنه . وأما شقه الثاني فلأنه إن أراد بقوله فلا تنافي في قوله ، وإن أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع . كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الأكساب لها ، بخلاف العتق بأموية الولد فأني يجتمعان معاً ، وإن أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث

على الولد لأنه حرّ ولو ولدت ولداً آخر (وهي ماضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن حرم الوطاء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة ، وبقي كلامه ظاهر والله أعلم . قال (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) وإذا كاتب المولى أم ولده جاز ، لأن الكتابة يتوسل بها إلى ملك السيد في الحال ، والحرية عند أداء البذل وحاجة أم الولد إلى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزاً . لا يقال : أحدهما يقتضى العتق ببذل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين ، لأنه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البذل . وعورض بأن مائة أم الولد غير مقومة عند أي حنيفة فكيف يقابلها بدل مقوم . وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت بدائراً ورفقة ، والكتابة لرفع الأول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني ، والمالك يجوز أن يقابل ببذل مقوم ، وإن لم يكن مقوماً كملك القصاص إذا عفا بعض الأولياء فإنه يقابل حصه الآخرين بالمال (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاء لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لأن الغرض من إيجاب البذل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها بلا فائدة) بالنسبة إلى البذل ، وبقيت في حق الأولاد والأكساب يعنى الأولاد وتخلص لما الأكساب .

(قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين) أقول : إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم ، كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لما الأكساب بخلاف العتق بأموية الولد ، وإن أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البذل) أقول : وتوارد عليّ منتمين : الاجتماع على مطلق واحد شخص لا يمتنع .

غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيها ذكرناه . ولو أدت المكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية . قال (وإن كاتب مديبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي ، إذ الحرية غير ثابتة ، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق (وإن مات المولى

التقى على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد ، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيها ذكرناه) قال صاحب غاية البيان : ولقاتل أن يقول : النظر في إيفاء حقها إليها وحققا الحرية وقد حصل لاقى إبطال حق الغير ، لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلاهما فيه ، ولم تنقضي في حق موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاء لا بالكتابة انتهى . وقال بعض الفضلاء : بعد نقل هذا الإيراد عن الشارح المزبور : وأنت خير أنه ليس فيه إبطال حق الغير لأنها عتقت وهي مكتابة ، ومملوكة يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى . أقول : ليس هذا بدفع صحيح لأن ملك المكاتب

ولقاتل أن يقول : الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة . والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين : أحدهما أن تبطل بعجز المكاتب على إيفاء البدل ، والثاني أن تبطل بانتهائه بإيفائه ، وبالأول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه لمولاه ، وبالتالي يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقى من أكسابه ، وحيث احتجنا هاهنا إلى بطلان الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه . لا يقال : في كلام المصنف تسامح ، لأنه علل بطلانه بامتناع بقاءه من غير فائدة ثم علله بالنظر له ، والمعلول الواحد بالشخص لا يبطل بعلمتين مختلفتين ، لأن للكتابة جهتين : جهة هي للمكاتب ، وجهة هي عليه ، وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل فلعلة سديد (ولو أدت المكتابة) بالنصب : أي بدل الكتابة . وفي بعض النسخ : ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية وإن كاتب مديبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المبسوط في المديبر ، وإنما جاز كتابتها لوجود مقتضى وهو الحاجة ، فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتهاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم . قال (وإن مات المولى

(قال المصنف : غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد) أقول : قال الإقناني : لم نجد فيه الرواية المنصوصة . ولقاتل أن يقول : النظر إليها في إيفاء حقها إليها وحققا الحرية وقد حصل ، لاقى إبطال حق الغير لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلاهما فيه ، ولم تنقضي في حق موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاء لا بالكتابة . ولنا في قوله تسلم لها الأولاد أيضا نظر ، لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذي ذكره ، لأن للكتابة لو اعتبرت مفسوخة الأولاد أيضا في حق يكون النظر لها باقيا ، لأن حكم ولد أم الولد حكم الأم لأنه تابع للأم حالة الولادة له كلامه . وأنت خير . بأنه ليس فيه إبطال حق الغير لأنها عتقت وهي مكتابة ، ومملوكة يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول : امتناع غير بين ولا يبين في المقود الشرعية فكما نظائر (قوله والثاني أن يبطل بانتهائه بإيفائه) أقول : فيه شيء ، فإن بالإيفاء ينقرو ولا يبطل . والحق أن بطلان الثاني لحصول المعلول وهو العتق بطله أخرى فالسبي في إيفائها بدمه يكون معيا في تحصيل الحاصل ، وهذا هو الذي أشار إليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه) أقول : وفيه أنه ليس في الثاني إيفاء الكتابة مع إبطلانها وكان الكلام فيه . وجوابه أن عتقها كانت بأموية الولد حقيقة ، لكن جعلت للكتابة باقية ثم منية باملة بالإيفاء نظرا لما ، فليس الإيفاء والإبطال في زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يبطل بعلمتين مختلفتين) أقول : إذا كانتا قريبتين ولا تسلم ذلك فيما نحن فيه (قوله لأن للكتابة جهتين : جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه) أقول : أراد من قوله هي أولا العتق ومن قوله هي ثانيا البطلان (قوله فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول : وعل هذا قول المصنف إذ الحرية غير ثابتة لتعليل لوجود المقتضى ، وانتهاء رآته لتعليل لانتهاء المانع ، فإنه أو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكلهما (قوله وانتهاء المانع) أقول : معطوف على قوله لوجود المقتضى .

.

والمكاتبية في أكسابها إنما هو يدا لارقة ولهذا لا يمكن التبرع فيها ، وإنما رقية أكسابها ملك مولاهما كرقية أنفسهما ما لم يؤدبا بدل كتابتهما بالتأم كما يفهم هذا كله مما سبق وما يأتي . فقلوه وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس يجب لأن ملكها في كسبها يدا لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقية فلا يتدفع الاستشكال بلزوم إبطال حق الغير بالنظر إلى ملك الرقية ثم قال صاحب العناية : ولنا في قوله تسل لها الأولاد أيضا نظر ، لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذي ذكره لأن الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا في حق الأولاد يكون النظر لها باقيا ، لأن حكم ولد أم الولد له حكم الأم لأنه تاجع للأُم حالة الولادة انتهى كلامه . أقول : هذا النظر ساقط جدا ، لأن المراد بالأولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور هي الأولاد التي ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث قسر الأولاد في قول المصنف تسل لها الأكساب والأولاد بقوله : أي الأولاد التي اشترتها المكاتبية في حال الكتابة لا الأولاد التي ولدت من مولاهما انتهى . ولا شك في الحاجة إلى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الأولاد ، إذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضا في حق أمثالهم لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم إذ ذاك قطعاً . وقال صاحب العناية في هذا المقام : ولنا أن يقول : الكتابة عقد فكيف ويتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة ؟ والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين : أحدهما أن يطل بجزء المكاتب عن إيفاء البذل ، والثاني أن يطل بانتهائه بإيفائه . وبالأول يعود رقبها فأولاده وأكسابها لمولاه ، وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه ، وحيث احتجنا إلى إبطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه . أقول : لا السؤال شيء ولا الجواب . أما الأول فلأن كون الكتابة عقدا واحدا لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة إذا كانا من جهتين مختلفتين ، فأنهم شرطوا في تحقق التناقص أمورا منها وحدة الجهة ، وهما هنا لم تتحقق تلك الوحدة لأن بطلان عقد الكتابة من جهة البذل وعدم بطلانه من جهة الأولاد والأكساب كما يفصح عنه قول المصنف ، لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الأكساب والأولاد فلا محذور أصلا . وأما الثاني فلو جوه : أحدهما أن انتهاء الكتابة بإيفاء البذل إنما هو تمامها وتقررها ، فجعل أحد طريق بطلانها ما لا يساعده العقل والنقل . وثانيها أن المكاتبية في مسئلتها هذه ممن لم يقع منه إيفاء البذل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على إيفائه واعتبار غير الواقع واقعا مجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع . وثالثها أن قول المصنف لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الأكساب والأولاد ينافي المعنى الذي عدده الشارح المزبور بتحقيق كلامه ، لأنه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بإيفاء تمام البذل يصير إتمام الكتابة في حق البذل وفي حق الأكساب والأولاد على السواء كما هو الحال عند إيفاء البذل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البذل وبقياتها في حق الأكساب والأولاد وجه . ورابعها أن حمل بطلان عقد الكتابة هاهنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال ، لأن بطلان العقد على أي معنى كان وعلمه في حالة واحدة متنافيان قطعاً إذا كانا من جهة واحدة ، وإن صير إلى اختلاف الجهتين لا يبيح احتياج إلى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلا . ثم قال صاحب العناية : لا يقال في كلام المصنف تسامخ لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ، ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعطل بعلمتين مختلفتين ، لأن للكتابة جهتين : جهة هي للمكاتب ، وجهة هي عليه ، وعلل الثانية بالأولى والأولى بالتأني فتملأه قلعه شديد ، إلى هنا كلامه . أقول : هذا السؤال أيضا ليس بشيء وجوابه ليس بسديد . أما الأول فلأن المعلول الواحد بالشخص إنما لا يعطل بعلمتين مستقلتين على سبيل الاجتماع . وأما على سبيل البذل فيعطل بهما قطعاً على ماتين في موضعه ، والأمر فيها نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلا أو أدلة كذلك ، فإن المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعطل به المطلوب بدلا عن الآخر .

.

ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة (وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : تسعى في أقل منها . وقال محمد : تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة ، فالخلاف في الخيار والمقدار . فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ، ومع محمد في نفي الخيار . أما الخيار ففرع تيزؤ الإعتاق عنده لما تجزأ ببقى الثلاثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية يبدلين معجل بالتدبير وموئجل بالكتابة فتخير . وعندها لما عتق كلها بعث بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخير . وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فن المحال أن يجب البدل بمقابلته ، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة ففها يسقط الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة . ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء ، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحققت حرية الثلث ظاهرا ،

وأما الثاني فلأن كون المعلن بالماله الأولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع ، لأن تلك الجهة أن يلزمه إبقاء البدل وقوله لا تمنع إبقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك . بل يدل على خلافه لأن عدم الفائدة يسقط بدل الكتابة عنها ، وإذا أسقط عنها البدل لا يلزمها إبقاؤه قطعا فلم يكن ماذكره من توزيع التعليلين على ما ملأ وما عليها سديدا كما لا يخفى (قوله والإعتاق عنده لما تجزأ ببقى الثلاثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية يبدلين معجل بالتدبير وموئجل بالكتابة فتخير) لأن في التخير فائدة وإن كان جنس المال متحدا لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء أقلهما أيسر لكونه حالا فكان التخير مفيدا ، كذا في عامة الشروح . وعزاه في معراج الدراية إلى مبسوط شيخ الإسلام . أقول : فيه شيء وهو أن الفائدة المذكورة إنما تتصور في صورة إن كان البدل المعجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة . وأما في العكس فلا ، إذ لاشك أن أداء الأقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الأكثر المعجل ، فلا فائدة في التخير في هذه الصورة أصلا لتعين اختيارها الأقل لا محالة كما قال صاحباه ، مع أن الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من إطلاق المسئلة في الكتب بأسرها (قوله وعندها لما عتق كلها بعث بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخير) واعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندها عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير . وأجيب بأننا قد حكنا بصحة الكتابة نظرا لما تفتقيرها لذلك فلم يما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه ، كذا في العناية أخذنا من شرح تاج

ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لاقفة وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة (وقد أوضح كلامه ففرض لبعضه زيادة لإيضاح (قوله فتخير) لأن في التخير فائدة وإن اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل ، وأداء أقلهما أيسر لكونه حالا فكان التخير مفيدا (قوله وجب عليها أحد البدلين فتختار الأقل) قد اعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندها عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير . وأجيب بأننا قد حكنا بصحة الكتابة نظرا لما تفتقيرها لذلك فلم يما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه . وقوله (أنه قابل البدل بالكل) لأنه أضاف العقد إلى ذاتها فقال كاتبك على كذا والمحل قابل لها كالفئة فتصير كلها مكاتبه (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قبله من البدل وإلا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف باطل . وقوله (وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكتب عبده أولا ثم يديره ثم يموت ولا مال له سواه فإنه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة . وقوله (لأنها استحققت حرية الثلث ظاهرا) أي مكشوفينا لا يخفى على أحد ، لأن إخراجها عن الملك بغير الإعتاق غير صحيح ، فإن أعطها خرج عما نحن فيه ، وإن مات قبله فكذلك ، وإن مات المولى عن مال نتخرج من ثلثه فقد

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول : فيه تأمل (قوله لأن إخراجها عن الملك) أقول : أي لإل مال .

والظاهر أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما إذا طلق امرأته فثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية للدلالة الإrada، كذا هاهنا ، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا. قال (وإن دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ، إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك ، فإن مضت على كتابتها فأت المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة . وقالوا : تسعى في الأقل منهما ، فالحلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا . أما المقدار فتفق عليه ، ووجهه ما بينا . قال (وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه ،

الشريعة . أقول : في الجواب إشكال ، لأن القول بإبقاء الكتابة فيها بعد أن عتق كلها بالتدبير يناقض قول المصنف ، وعندما لما عتق كلها بعن بعضها فهي حرة ، إذ الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة . فأي تصور إبقاء الكتابة فيها بعد أن جازت حرة عندها . فإن قلت : المراد إبقاء حكم الكتابة لا إبقاء حقيقتها والمناقض للحرية هو الثاني دون الأول . قلت : لو أتى حكم الكتابة لأبقي تأجيلها لأنه من خصائصها . ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الإمامين هنا . وعندما لما عتق كله بعن ثلثه لأن الإعناق لا يتجزأ عندها بطلت الكتابة وبطل الأقل لا محالة ، فلا معنى للتخير بلجواز أن تختار الأكثر عليه غير مؤجل الخ . ولو أتى تأجيلها لزم أن لا يتم قولها فتختار الأقل لا محالة ، فلا معنى للتخير فلا تنقطع مادة المؤجل لكون أدائه أسير من أداء الأقل المعجل كما مر في بيان دليل أبي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخير فلا تنقطع مادة الإشكال (قوله والظاهر أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) أقول : لما منع أن يمنع هذه المقدمة ، فإنه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية ، والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز أن يحتاج إلى استعادة حقيقتها عاجلاً فتلزم المال بمقابلتها ؛ ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكتب أم ولده بالإجماع مع استحقاقها حرية الكل

استحققت حرية كلها ، وإن لم يترك غيرها فقد استحققت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعاً (والظاهر) البين (أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء . ولقائل أن يقول : لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل . والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لأنه لا يقبل بتجزؤ الإعناق . وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر أنا حكينا بصفة الكتابة نظراً للمدبر ، وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويبرم كل البدل ، فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظراً له (قوله إذ لا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل ، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقاها جهاً حرية (ولها الخيار ، إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة ، لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لأن النفقة والجنابة على المكاتب في حال الكتابة ، وإذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فإن مضت على كتابتها فأت المولى ولا مال له غيرها تختير بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندها في الأقل منهما ، فاختاروا هاهنا في الخيار بناء على ما ذكرنا) من تجزؤ الإعناق (وأما المقدار فتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج إلى فرق ، والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل هاهنا مقابل بالكل الخ . قال (وإذا أعتق المولى مكاتبه الخ) وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة إلى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة إليها .

(قال المصنف : والظاهر أن الإنسان لا يلزم المال الخ) أقول : لا يتشبه على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الإعناق .

والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأننا ننبئ الكتابة في حقه . قال (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا . وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ، ولهذا لا يجوز مثله في الحر

قطعا لعنتها عند موت مولاهما من جميع المال دون ثلثه ، فإذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما تستحق حرته كلا للاحتياج إلى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر ، فلأن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما تستحق حرته بعضا لتلك العلة بعينها أولى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال : لا يتمشى على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الإعطاء اه . أقول : ذلك ساقط لأننا لانسلم أن المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده ، بل الظاهر أنهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثها إذا لم يكن له مال غيرهما بالإجماع ، وثبوت عتق الكل بعتن البعض عند موت المولى على أصل الإمامين وهو عدم تجزؤ الإعطاء لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا . ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لأنها استحققت حرية الثلث ظاهرا هو أنها استحققت مجانا من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين ، ويقول الظاهر أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حرته هو أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حرته مجانا ، بخلاف ما لا يستحق حرته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فإنه يجوز له أن يلزم المال بمقابلته . ولا يخفى أن هذا المعنى يتمشى على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا تفكر تفهم (قوله وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المجل : والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، لأن الأجل ليس بمال والدين مال ، وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة ، وإذا لم يميز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اه كلامه . وقال بعض الفضلاء : أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، ولكنه متقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق

فإن قول : الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ . أجاب بقوله (والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) والزوج كان تعلق حقه ، فإذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باع المولى أو أجره برضاه (والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل) فإنه إذا رضى به ببذل قبلا بدل يكون أرضى ، وقوله (مع سلامة الأكساب له لأننا ننبئ الكتابة في حقه) إشارة إلى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببذل نظرا إلى سلامة الأكساب له فقد تكون الأكساب كثيرة تفصل بعد أداء البذل منها له جملة . ووجهه أن الأكساب سالمة له لأننا ننبئ الكتابة في حقه لتبني الأكساب على مكنه نظرا له ، وحينئذ صار الظاهر كالتحقق الواقع ليعتق بإعتاقه (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا . والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال) بما هو مال (لأن الأجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة ، وإذا لم يميز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال : هلا جعلت إسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين

(قوله لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال) أقول : أراد بقوله بما هو مال الخصميسة المتروكة (قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول : أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، ولكنه متقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق ، إلا أن يقال : ذلك على خلاف القياس بالنسب لكن حينئذ لا يحتاج إلى قوله وإذا لم يميز ذلك ، فإنه إذا لم يميز أخذ المال عوض الأجل تكون الخصميسة المتروكة بمقابلة الأجل (قوله لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا) أقول : لو صح هذا لم تجز حبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة ، وكلام الماتل يجب صونه عن الإلناء ، فالمكاتب يعتبر مسقطا حقه الذي هو التأجيل ، والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة .

ومكاتب الغير . وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال ، وبذل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا ، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه إلا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اه . أقول : ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق . لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكره العوض فيه بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما ، لأن ذكر العوض بطريق الأصالة ، وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة . وقالوا : خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض . وخرج بقولنا بطريق الأصالة النكاح والطلاق والعناق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة اه . ثم قال صاحب العناية : لا يقال هلا جعلت إسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا اه . وقال ذلك البعض من الفضلاء : لو صح هذا لم يميز هبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة اه . أقول : ليس هذا بسديد ، لأن المستحق في كل منهما هو المؤجل ، والمسقط أيضا هو المؤجل ، وليس هناك شرط شيء . معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلا ، بخلاف ما نحن فيه فإن الخصمات المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن حل الصلح إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر ، فإن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء . نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لأن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان أظهر ، لأن تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الإسقاط فيه كما لا يخفى . وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لأنه اعتياض عن الأجل ، لأن المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح إسقاطا للبعض واستيفاء للبعض ، فلو جعل إنما يجعل اعتياضا عن الخصمات بمخصمات وعن الأجل بمخصمات أخرى ، والاعتياض عن الأجل لا يجوز اه (قوله وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به) قال بعض العلماء : فيه مناقشة ظاهرة ، وقد مر في كتاب الصلح ، وكذا لا يجوز إذا كان على مكاتب الغير ألف إلى ستة فصالحه على خصمات معجلة (وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على أداء البذل إلا به فأعطي له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه ، وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ثمة (ربا) وفيه بحث لأن المال ما يتحمل به وهو يشتمل الإحراز وذلك في الأجل غير متصور ، ولأن قوله فأعطي له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى ، أما لفظا فلأن أعطى متعد إلى مفعولي بلا واسطة وقد استعمله باللام . وأما معنى فلأنه قال الأجل في حق المكاتب مال من وجه ، فإن أراد بقوله فأعطي له حكم المال من كل وجه فات الاعتدال إذ الدين مال من وجه ، وإن أراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل . والجواب أن ما ذكرتم من أن المال ما يتحمل به ويخرج صحيح إذا كان مالا من كل وجه ، وليس ما نحن فيه كذلك ، وإنما المراد به هاهنا أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كمين الدراهم لتوقف قدرة الأداء عليه توقفها على عين الدراهم ، وضمن أعطى معنى اعتبر ، ومعناه اعتبر للأجل حكم المال ، فإن الشيء يجوز أن يكون جهة في شيء ولا يكون معتبرا ، فبين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب (قوله ولأن عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان . وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم أن له شبا بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه مينا والأجل ربا من كل وجه ففيه شبهة الربا ، وشبهة الربا إذا وقعت في شبهة العقد كانت (قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا) أقول : لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال (قوله وقد استعمله باللام) أقول : يجوز أن تكون زائنة كما في - ردكم - (قوله لما تقدم أن له شبا) أقول : الأولى أن يقال : لأنه شرع مع المناق كما عليه غيره . (قوله فيكون من هذا الوجه مينا) أقول : المين أيضا من المقود .

دون وجه والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة . بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة . قال (وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله) لأن له أن يترك الزيادة بأن يكتبه على قيمته فله أن يوترها وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز ، لأن له أن يطلقها بغير بدل . ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الأبدان وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل ، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع ، بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ، ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع . وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى . قال (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة حالا أو ترد رقيقا في قولهم جميعا) لأن المحاباة هاهنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما .

إذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صرح الكتابة الحالية فليتأمل اه . أقول : هذه المناقشة إنما تظهر أن لو أرادوا بنى القدرة على الأداء إلا به نبي القدرة الممكنة وهي أدنى ما يمكن به من الأداء ، وأما إذا أرادوا بذلك نبي القدرة الميسرة وهي ماوجب

شبهة الشبهة ولا معتبر بها . بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة لاشبهة الشبهة . قال (وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الأجل) لأن المريض تصرف فيه وهو حقهم فلم أن يردوه دفعا لضرر تأخير حقهم إلى مضي الأجل عن أنفسهم (فإن المكاتب يؤدي ثلثي الألفين حالا) وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقي) وهو سبعمائة وستة وستون درهما وثلث درهم (إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله لأن له أن يترك الزائد على قيمته) ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه (وصار) ذلك (كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل) ولو قال لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يوترها كان أحسن فتأمل (ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة) بدليل جريان أحكام الأبدان من جواز المراجعة على الألفين وجواز الخيس على الماطلة والأخذ بالشفعة فإنها تتعلق بجميع المسمى وهو الألفان . وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل ، فإن المبدل لما كان مقبوضا كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة ، وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لأنه إسقاط معنى ، بخلاف بدل الخلع فإن حق الورثة لم يتعلق به لأنه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال ، وعلى هذا الأصل اختلافهم إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل ؛ فزدهما بغير المشتري بين أداء ثلثي جميع الثمن حالا والثلث إلى أجله ، وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى : يعني الدليل من الطرفين (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أد ثلثي القيمة حالا أو يزد رقيقا في قولهم جميعا لأن المحاباة في القدر) وهو إسقاط ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الألف الأخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير ، لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الإسقاط ولا في حق التأخير .

(قوله بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه) أقول : وخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتأمل (قوله والأخذ بالشفعة) أقول : فيه شيء والأمر سبل .

(باب من يكاتب عن العبد)

قال (وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم ، فإن أدّى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحرّ لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهو حرّ فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا قبل العبد صار مكاتباً ، لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ، ولو لم يقل على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهو حرّ فأدّى لا يعتق قياساً لأنه لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد . وفى الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق بأداء القائل فيصح فى حق هذا الحكم ويتوقف فى حق لزوم الألف على العبد . وقيل هذه هى صورة مسألة الكتاب (ولو أدّى الحرّ البذل

اليسر على الأداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الأداء فى حق المكاتب إنما يتصور بالأجل لأنه يخرج عن يد المولى مفلساً فيمتنع الناس غالباً عن إقراضه المال فى الحال فيعسر الأداء عليه جداً بدون الأجل وإن أمكن فى الجملة ، على أن المصنف وأضرابه لم يتشبهوا فى تعليق صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستفراض ، بل قالوا : إن عقد الكتابة عقد معاوضة والبذل معقود به فأشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القلّة عليه ، وأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ، ومتى امتنع من الأداء فى الحال يردّ إلى الرق اه فلم يتم قول ذلك المناقش ، وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر ، والله أعلم .

(باب من يكاتب عن العبد)

(باب من يكاتب عن العبد)

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصيل فى الكتابة ذكر فى هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها ، وقدم أحكام الأصيل لأن الأصل فى تصرف المراء أن يكون لنفسه . قال (وإذا كاتب الحرّ عن عبد بألف درهم الخ) قال فى الجامع الصغير : وإذا كاتب الحرّ عن عبد بألف درهم فإن أدّى عنه عتق ، وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب . واختلف شارحوه فى تصويره فقال بعضهم : هو أن يقول الحرّ لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهو حرّ فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا قبل العبد صار مكاتباً : يعنى إن هذا العقد نافذ فى حق مال العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأداء هذا القائل وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البذل لأنه عقد جرى بين فضولى ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة ، فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً ، لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء ، ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه ، فكذلك إذا أجاز بعد العتق . وقال بعضهم : هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهو حرّ فأدّى عتق استحساناً . وفى القياس لا يعتق لأنه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر . وجه الاستحسان أنه لا ضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق : أى فى توقف العتق على أداء القائل فيصح العقد فى حق هذا الحكم ويتوقف فى لزوم الألف العبد . قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع ، فإن بيع الفضولى يتوقف على إجازة الميز فيها له وفيها عليه ، وهاهنا لا يتوقف فيها له . والجواب أن أماله هاهنا إسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه إلزام وهو يتوقف عليه ، ولو أدّى الحرّ البذل لا يرجع على العبد لأنه متبرع حيث لم يأمره بالأداء ولا هو مضطر فى أدائه ، وهل له أن يسترد ما أدّى

(باب من يكاتب عن العبد)

(قوله ذكر فى هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها) أقول : كان الظاهر أن يقول بالتبعية ، وإنما عدل عنه للاسطة عنوان الباب (قوله فإن بيع الفضولى يتوقف على إجازة الميز فيها له) أقول : كعبت الملك له .

لا يرجع على العبد) لأنه متبرع . قال (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب ، فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ، وهذه كتابة جائزة استحسانا . وفي القياس : يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه . وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعاً ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البذل شيء وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البذل لأن البذل عليه لكونه أصلاً فيه ، ولا يكون على الغائب من البذل شيء لأنه تبع فيه . قال (وأيهما أدى عتقا ويمير المولى على القبول) أما الحاضر فلأن البذل عليه . وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية ، وإن لم يكن البذل عليه وصار كمير الرهن إذا أدى الدين ويمير المرتين على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه . قال (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لأن الحاضر قضى ديناً عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه .

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها ، وقد تم أحكام الأصل لأن

إلى المولى ؟ فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه . قال (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) إذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب فعمل جاز استحساناً . وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه ، كمن باع عبده وعبد غيره أو زوج أمته وأمة غيره . وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البذل شيء . فلان قيل : ليس ما نحن فيه كالاستئجار بها لأن الأولاد تابعة لها من كل وجه ، حتى أن المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البذل شيء وتعتق الأولاد إذا أعتق المولى الأم ، بخلاف العبد الغائب فإنه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد إليها مقصوداً ، حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب ، وإذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتب ويجب على الحاضر حصته لا غير ، ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف . فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجهاً للقياس . وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحيحاً للعقد ونظراً للمكاتب ولاشتماله على المسامحة ، وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله : أي فلمولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البذل ، لأن البذل عليه لكونه أصلاً فيه ، ولا يكون على الغائب من البذل شيء لأنه تبع فيه وهذا يدل على أن النظر في مجرد التبعية لا ممتنع بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرر لأنه قال في أول المسئلة : فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا ، لكنه أعاده تمهيداً لقوله (ويمير المولى على القبول) ، أما الحاضر فلأن البذل عليه ، وأما الغائب (في القياس) لأنه لا يجبر لأنه متبرع إذ ليس عليه شيء من البذل . وجه الاستحسان أن له فيه منفعة ، (لأنه ينال شرف الحرية وصار كمير الرهن إذا أدى المرتين) فكذلك عينه (ويمير المرتين على القبول) ، أما الحاضر فلأن البذل عليه وإن لم يكن الدين عليه ، وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى ديناً عليه (ومثله لا يرجع) والغائب متبرع به غير مضطر إليه (ومثله أيضاً لا يرجع . فلان قيل : الغائب هاهنا كمير الرهن ومير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما

(قوله وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أولاً تصحيحاً للعقد) أقول : قوله تصحيحاً فانظر إلى قوله فالنظر ، والضمير في قوله فيه راجع إلى البعض (قوله ولاشتماله على المسامحة) أقول : حلف على قوله تصحيحاً (قوله في انعقاد العقد عليه) أقول : الضمير في قوله عليه راجع إلى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البذل شيء .

قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء) لما بينا (فإن قبل العبد الغائب أولم يقبل فليس ذلك منه بشيء ، والكتابة لازمة للشاهد) لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تغير بقبوله ، كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا . قال (وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنتين لها صغيرين فهو جائز ، وأبهم أدى لم يرجع على صاحبه ويحرم المولى على القبول ويعتقون) لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبية .

الأصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه (قوله وهي أولى بذلك من الأجنبية) يعني أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الأجنبية ، فلائن يجوز في حق ولدها أولى لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبية . كذا في الشروح . قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك : وأقول لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجوازها هنا قياس واستحسان ، لأن الولد تابع لما ، بخلاف الأجنبية وأرى أنه الحق اهـ . وأنا أقول : أرى أن الحق خلافه ، وهو أن يكون ثبوت الجوازها هنا أيضاً على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير . وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب ، وذلك لأن من ذهب إلى أن ثبوت الجوازها هنا على وجه القياس والاستحسان إن أراد بوجه القياسها هنا كون الولد تابعاً للأُم في الكتابة مطلقاً كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لأن الولد تابع لما ، بخلاف الأجنبية فليس بنام ، لأن تبعية الولد للأُم في الكتابة مطلقاً إنما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبراً . ولا شك أن وضع مسألتنا هذه في كتابة الأمة عن نفسها وعن ابنتين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصورها هنا التبعية المطلقة . وأما التبعية الحاصلة بالضم إليها في عقد الكتابة فثل هذه التبعية متحققة في المسئلة الأولى أيضاً بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك . وقالها هنا لأنها جعلت

أدى فكيف قال غير مضطر إليه ؟ فالجواب أنه كفو في حق جواز الأداء من غير دين عليه لا في الاضطراب ، فإن الاضطراب إنما هو إذا فات له شيء حاصل وها هنا ليس كذلك ، بل إنما هو بعرضية أن تحصل له الحرية ، وهذا كما يقال عدم الرجوع لا يسمى خسراناً . فإن قيل : حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لولم يؤد فكان مضطراً . أجيب بأنه متوهم ، وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء لما بينا) أنه فيه تبع (فإن قبل العبد الغائب ذلك أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وإن رده الغائب لا أثر لرده وقبوله في ذلك (لأن الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذ بشيء من بدل الكتابة (كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا ، وإذا قيات الأمة الكتابة عن نفسها وعن ابنتين لها صغيرين جاز) وإنما وضع المسئلة في الأمة إشارة إلى أن الحكم في العبد والأمة سواء ، فإنه لو وضعها في العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليها فلا يجوز ذلك في الأمة لعدم ولايتها ، إذ الأم الحرة لا ولاية لها فكيف بالأمة ؟ (وأبهم أدى لم يرجع على صاحبه ، ويحرم المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الأولى) وذلك أن الأم إذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها ، وكل من الولدين إن أدى فهو متبرع غير مضطر ، وفي ذلك كله لارجوع . فإن قيل : إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية . فالجواب أن أحدهما إذا أدى كان أداءه كإدائه الأم لأنه تابع لما من كل وجه ، ولو أدت الأم عتقوا ، فكذا إذا أدى أحدهما . قيل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى (قوله وهي أولى بذلك من الأجنبية) يريد أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز

(قوله فإن قيل حق الحرية ، إلى قوله : أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به) أقول : الضمير في قوله بأنه راجع إلى قوله حق الحرية ، والضمير في قوله به راجع إلى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين إن أدى عتق) أقول : الظاهر أن يقال وكلا .

(باب كتابة العبد المشترك)

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو مكاتب بينهما وما أدى

نفسا أصلا في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الأولى اه مع أن ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق ، وإن أراد بوجه القياس هاهنا ثبوت ولاية المكاتبه على أولادها كتبونها على نفسها فليس بصحيح ، إذ قد صرحوا قاطبة بأن الأم الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالأمة ، وقالوا : هذا هو السر في وضع هذه المسئلة في الأمة ، إذ لو وضعها في العبد لربما توهّم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا يعلم تساوى العبد والأمة في حكم هذه المسئلة .

(باب كتابة العبد المشترك)

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان . وقال أكثر الشراح : ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد . أقول : الوجه الأول هو الراجح ، لأن الوجه الثاني لا يتمشى في المسئلة الأولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله ، بخلاف الوجه الأول تأمل تقف (قوله وإذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح : وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى اه . أقول : وجه الأولوية أن حكم هذه المسئلة يعم ما إذا كان العبد بين رجلين وما إذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ، ولفظ شريكين ينتظم الكل ، إما يجعل الشريك فعلاً بمعنى مفعول من شركه في كذا فإن كلا من المتشاركين في أمر شارك فيه ومشرك والفعل بمعنى المفعول يستوى فيه المذكور والمؤنث ، أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الأسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التابع جمع تابع من هذه الحشية فيتناول المذكور والمؤنث على السوية . ثم إن صاحب العناية لما أخذ بنسخة : بين شريكين حيث قال : قال : وإذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال : أي بين رجلين . أقول : هذا أمر عجيب إذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما إذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم لارجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه

في حق الأجنبي . فلأن يجوز في حق ولدها لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي أولى . وأقول : لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هاهنا قياس واستحسان ، لأن الولد تابع لها ، بخلاف الأجنبي وأرى أنه الحق ، والله أعلم .

(باب كتابة العبد المشترك)

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لأن الواحد قبل الاثنين . قال (وإذا كان العبد بين شريكين الخ) إذا أذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكاتب نصيب نفسه بألف درهم ويقض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو مكاتب بينهما وما أدى فهو الاختلاف أن الكتابة تنجز أئذنه خلافاً لهما كالإعتاق لأنها تنفذ الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده ، والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة ، وإنما تكون فائدته انتفاء ما كان له

(باب كتابة العبد المشترك)

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لأن الواحد قبل الاثنين) أقول : أظهر أن يقال : ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لأن الاشتراك خلاف الأصل ، ولأن المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر . وإنما قلنا : أظهر ذلك لأن مقصود الباب بيان حال كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحداً كما في المسئلة الأولى على منع أبي حنيفة أو اثنين (قوله وإذا كان العبد بين شريكين) أقول : أي بين رجلين (قوله والإذن لا يفيد) أقول : أي على ملحقهما .

فهو بينهما) وأصله أن الكتابة تنجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الإعاق ، لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ ، وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن . وإذنه له بقبض البدل إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلماذا كان كل المقبوض له . وعند الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ ، فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز .

له هاتان أصلا ، ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليا للذكور على الإناث لكان له وجه وجه لاقتضاء المقام إياه فكيف بالعكس (قوله وأصله أن الكتابة تنجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الإعاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ . وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تنجزأ عنده خلافا لهما كالإعاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده ، والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة ، وإنما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه اه . وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة : أى على مذهبهما اه . أقول : هذا خيط ظاهر لأن الإذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبها قطعا ، ألا يرى إلى قولهما في تحليل مذهبها في هذه المسئلة إن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اه . ولعل قوله على مذهبها وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه . ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح

من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه . واعترض بأن الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الإعاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ، ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ ، فن أين للمكاتب ذلك ؟ وأجيب : بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة ، وإنما هي تشتتل عليها ، فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى بوجبه وهو إلحاق الضرر ببطان حق البيع للشريك الساكن بالكتابة ، وتصرفت الإنسان في خالص حقه إنما يسوغ إذا لم يتضرر به الغير ، ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ برأصبيها فتحقق مقتضى وانتفى المانع . وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وإن قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه ، فإنه إذا باع نصيبه لم يطل على صاحبه بيع نصيبه ، والإعاق والتعليق وإن كان فيها ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ . أما الإعاق فظاهر ، وأما التعليق فلا يمين (قوله وإذنه له بقبض البدل) بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض ، وذلك أنه إذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالأداء من الكسب إليه فيصير الآذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه ، أى على المكاتب ، فلماذا كان كل المقبوض له ، ويموز أن يكون ضمير عليه للعبد : أى فيكون الآذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك ، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع . فإن قيل : المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع ، كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فإن له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري . أجب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث أن مقصود الآذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فإن ذمته عمل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده . ولما أن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف ، وهو أى البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد

(قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى بوجبه وهو إلحاق الضرر ببطان حق البيع للشريك الساكن بالكتابة) أقول : قوله هو قوله وهو ولاية الفسخ راجع إلى قوله حكم ، وقوله ببطان متعلق بقوله الضرر ، وقوله للشريك متعلق بقوله إلحاق ، وقوله بالكتابة متعلق بقوله إلحاق أيضا (قوله فتتحقق مقتضى) أقول : يعنى إلحاق الضرر (قوله وانتفى المانع) أقول : يعنى عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول : فلم يتحقق فيها مقتضى (قوله أما الإعاق فظاهر ، وأما التعليق فلا يمين) أقول : فلم ينتف فيما المانع (قوله هو : أى البدل) أقول : أو المقعد أو المكاتب ، ويؤيده قوله وقالوا هو مكاتب بينهما .

قال (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له ، لأن المكاتب لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة . وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه) لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا

دليل الطرفين في هذه المسئلة بالتمام قال : وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره اه . وقال بعض الفضلاء : فيه كلام ، لأنه بآى عنه ترجيح قول أبى حنيفة في كتاب العتاق اه . أقول : الذى مر في كتاب العتاق مسألة العتاق والمذكور هاهنا مسألة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبى حنيفة في مسألة الإعتاق ترجيحه في مسألة الكتابة ممنوع ، سيما إذا كانت كتابة أحد الشريكين بإذن الآخر كما نحن فيه . فمن أين يثبت الإباء . ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الأصل في كلتا المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجح قوله هناك لم يكن بالتصريح به ، بل إنما فهم من تأخير دليله في البيان ، وقد عكس الأمر هاهنا ، ففهم منه ترجيح قولهما لا عالة : ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الأول كما هو المخلص في أمثال هذا فلا محذور تدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قبل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبى حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لابنها . وأجيب بأن هذا على قولهما . وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد . قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال : وهذا الجواب وليس بشيء . أقول : يعنى أن هذا الجواب ليس بشيء لأن ما ذكره المصنف فيها سيأتى بقوله وهذا الذى ذكرناه كله قول أبى حنيفة ينأتى هذا الجواب قطعا . ثم قال صاحب العناية : وقيل عن أبى حنيفة في تقوّم أم الولد روايتان ، فيكون الولد متقوما على إحداهما فكان حرا بالقيمة انتهى . وقال بعض الفضلاء :

العجز ، كما لو كاتبها فعجزت وفى يده من الأكساب ، وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره . قال (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه : أى صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه : أى صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد كلها للأول بطريق التبين ، لأنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاء في المكاتبه ينتج أ عند أبى حنيفة رحمه الله . لأنه لا وجه لتكثير الاستيلاء لإتباع نصيب صاحبه والمكاتبه لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه ، كما في المدبرة المشتركة فإن الاستيلاء فيها ينتج بالانفاق ، والجامع أن كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك ، ولا وجه لفسخ الكتابة لأن المكاتبه قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاء ، فإذا لم يتمحض الفسخ منقصة ، لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبه ، وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ، وإنما قيد بقوله ظاهرا لأن الظاهر أن تمضى على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا إلى الظاهر ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ، ويضمن نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويحق

(قوله وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره) أقول : فيه كلام ، لأنه بآى عنه ترجيح قول أبى حنيفة في كتاب العتاق (قوله أى صحت دعوته وثبت نسبه) أقول : فيه بحث (قوله أى صحت دعوته أيضا) أقول : فيه بحث أيضا (قوله لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبه) أقول : دون أن تتميز نفسها على ما هو المفروض في وضع المسئلة .

وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطى أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر إلى المكاتبه جاز) لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها ، وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذى ذكرنا (كله قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : هي أم ولد للأول ولا يجوز وطء الآخر) لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن ، وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيها لا تنصرف به المكاتبه وتبقى الكتابة فيها وراه ، بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ ، وبخلاف بيع المكاتب لأن في تجويزه إبطال الكتابة إذ المشتري

هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروائين في حق المدبر ، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم لماليتها انتهى . أقول : لاضرر في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثانى لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد ، فإنه وإن أسلفه هناك تبعا لصاحب النهاية إلا أن المصنف صرح هناك بتحقيق الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد أيضا حيث قال : وإن مات أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقال : عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى . والمحجب بهذا الجواب الثانى إنما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكر في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروائين عن أبى حنيفة في حق أم الولد . وأما صاحب العناية فليس بمحجب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلانناى ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال

للأول على الثانى نصف العقر وقيمة الولد ، ويكون الولد ابنة بالنظر إلى الظاهر والحقيقة ، أما بالنظر إلى الظاهر فيكون الولد ابنة بالقيمة فإنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ، وأما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر لأنه وطى أم ولد الغير حقيقة . فإن قيل : فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثانى قيمة الولد للأول عند أبى حنيفة لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذلك لابنها . أجب بأن هذا على قولهما ، وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء . وقيل عن أبى حنيفة في تقوم أم الولد وروائين ، فيكون الولد متقوما على أحدهما فكان حرا بالقيمة . وأيهما دفع العقر إلى المكاتبه : يعنى قبل العجز جاز ، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها ، وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه ، وهذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : هي أم ولد للأول وهي مكاتبه له ويعتق بأداء البدل إلى الأول . ولا يجوز وطء الآخر لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولده لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن ، لأن الاستيلاء طلب الولد وإنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذلك ما يثبت به ، ولهذا لا يكل في القنة بالإجماع ، وقد أمكن هاهنا بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ تكليا للاستيلاء فيها لا تنصرف به المكاتبه وهو أمومية الولد ، لأنه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم تنقح محلا لا يتبدل بالبيع والية وتبقى الكتابة فيها وراه محلا : أى فيها وراه ما لا تنصرف به وهو كونها أحق بأكسابها وأكساب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبى حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة . ووجهه أنها قد قلنا إن أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا إمكان هاهنا لأن التدبير غير قابل للفسخ ، فإذا استولد الشريك الثانى بعد استيلاء الأول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاؤه (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال فلا فسختم الكتابة في ضمن صحة البيع فيها إذا بيع

(قوله ويكون الولد ابنة بالنظر إلى الظاهر) أقول : أى ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنة ثابت بالنظر إلى الظاهر والحقيقة (قوله لأن سكم ولد أم الولد سكم أمه) أقول : سبق في هذه الكرامة أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسمى إلى الأولاد (قوله وقيل عن أبى حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على أحدهما) أقول : هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروائين في حق المدبر ، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم لماليتها (قال المصنف : وبخلاف بيع المكاتب) أقول : هذا جواب عننى عن قياس أبى حنيفة نقل المكاتبه المفروضة من

لا يرضى ببقائه مكاتباً . وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين ، وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتباً له ، قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيها لا تنضرب به المكاتب ولا تنضرب بسقوط نصف البدل . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي إبقائه في حقه نظر للمولى وإن كان لا تنضرب المكاتب بسقوطه ، والمكاتب هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ، ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا .

هلا قلّم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة البيع فيها إذا بيع المكاتب كما قلّم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة الاستيلاء ؟ ووجه الجواب أن في تجويز البيع إبطال الكتابة ، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً ، ولو أبطلناها تنضرب به المكاتب . وفسخ الكتابة فيما ينضرب به المكاتب لا يصح . هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراد المصنف بكلامه هذا عليه . وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفان قيل . قلنا : ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف هذا بقيل قال : ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فإن البيع وراءه لا ينضرب به فإن المكاتب ينضرب به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى . أقول : لا يخفى على من له ذوق صحيح مافيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر . وقال بعض الفضلاء : قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتب المفروضة من ملك الثاني إلى ملك الأول على بيعها . ووجهه أن في النقل لا تنفسخ

المكاتب كما فسختوها في ضمن صحة الاستيلاء . ووجهه أن في تجويز البيع إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً ، ولو أبطلناها تنضرب به المكاتب وفسخ الكتابة فيما ينضرب به المكاتب لا يصح ، ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه . فإن البيع وراءه لا ينضرب به ، وإن كان المكاتب ينضرب به فتبقى الكتابة كما كانت (قوله وإذا صارت كلها أم ولد له) متصل بقوله صارت كلها أم ولد له . وتقريره أنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له ، وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً عليه بالقيمة غير أنه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة أنها مكاتب بينهما دليل ما ذكره أبو حنيفة أنها تبقى مكاتب بينهما فيما تنضرب به للإجماع على ما ذكرناه ، ولا حد على وطء مكاتبته . ويلزمه جميع العقر لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين . وقوله (وإذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه . وتقريره وتبقى الكتابة فيما وراءه ، وإذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتباً له : أي للأول . قيل هو جزء إذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة قد انفسخت فيما لا تنضرب به المكاتب ، ولا تنضرب بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة تكيل الاستيلاء ، والثابت بالضرورة لا يعتمد فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل . وقوله (وفي إبقائه) يجوز أن يكون جواباً عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تنضرب به المكاتب . وهي لا تنضرب بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ . ووجهه أن في إبقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظراً للمولى وإن كانت لا تنضرب المكاتب بسقوطه ، فرجحتا جانب المولى لأن الأصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكاتب هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ، ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) في تعليل قول أبي حنيفة .

ملك الثاني إلى ملك الأول على بيعها ، ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقاً كما فصل بخلاف البيع (قوله أنها تبقى مكاتباً بينهما) أقول : مخالفت لقوله وهي مكاتب له (قوله قيل هو جزء إذا بقيت) أقول : قوله هو راجع إلى قوله قيل (قوله على ما بينا) أقول : بئى في شرح قوله ويبقى فيما وراءه (قوله في تعليل قول أبي حنيفة) أقول : فيه بحث ، والأولى أن يقال في تعليل القولين .

قال (ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبه) لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبه فيضمنه موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك (وفي قول محمد : يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفي نصف البذل على اعتبار الأداء فلتردد بينهما يجب أقلهما . قال (وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن ذبرها ثم عجزت بطل التدبير) لأنه لم يصادف الملك . أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز . وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلائنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك ، بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر . قال (وهي أم ولد للأول)

الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع ، إلى هنا كلامه . أقول : أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبه . إلى قوله : فلتردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : إذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبه عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا ، لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعصار . وعند محمد يضمن الأقل من نصف قيمته مكاتبه ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ، لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البذل على اعتبار الأداء ، فلتردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن . قال صدر الإسلام : ولأنه لو بقي من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة إلا نصف درهم فلهذا أوجبنا الأقل ، هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه ، وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه ، فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبه ، وعلى قياس قول محمد يضمن الأول الأقل من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من البذل ، والوجه قد ذكرناه ، إلى هنا كلام صاحب العناية . أقول : هذا شرح فاسد وتخريب غخل . أما أولا فلائنه قول أبي يوسف موسرا كان أو معسرا فاحش ، إذ قد صرح في عامة المعترات حتى الهداية نفسها نصف قيمته مكاتبه عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا فاحش ، إذ قد صرح في عامة المعترات حتى الهداية نفسها فيما سبأى بعد لصف صفحة بأن قول أبي يوسف في تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبه إن كان موسرا

قال (ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف الخ) إذ كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبه عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعصار . وعندما يضمن الأقل من نصف قيمته مكاتبه ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفي نصف البذل على اعتبار الأداء ، فلتردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن . قال صدر الإسلام : ولأنه لو بقي من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة إلا نصف درهم فلهذا أوجبنا الأقل ، هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه ، وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه ، فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبه ، وعلى قياس قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من البذل والوجه قد ذكرناه (وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن ذبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك ، أما عندهما فظاهر ، لأن المستولد تملكها قبل العجز ، وأما عنده فلائنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه (أي التدبير) مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك) فلا يصح بلونه (بخلاف النسب) فإنه يثبت من الثاني إن وجد الوطء منه (لأنه يعتمد الغرور) لا الملك (وهي أم ولد للأول لأنه تملك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا) يعني في تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله

لأنه تملك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لوطه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لأنه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الأول) لأنه صحت دعوته لقيام المصحح ، وهذا قولهم جميعا . ووجه ما بينا . قال (وإن كانا كاتبها ثم أعطتها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يرجع عليها) لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة ،

ويستعنى العبد إن كان معسرا بناء على أنه ضيان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار . ومن العجائب قول صاحب العناية في الاستدلال على قول أبي يوسف في تلك المسئلة لأنه ضيان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار ، إذ لا يشبهه على أحد أن ضيان الإعتاق ضيان إفساد التملك لا ضيان التملك ، أو لم يرقول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لأنه ضيان تملك فأما إذا أعطتها أحدهما أولا كان هذا ضيان إفساد الملك . وأما ثانيا فلأن قوله هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا أعنت أحدهما نصيبه يدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشترك إذا أعنت أحدهما نصيبه مع أن ما نقله عن صدر الإسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكاتب المشتركة إذا تملكها أحدهما بالاستيلاء . وأما ثالثا فلأنه صرف القياس في كلام المصنف هذا إلى قول أبي يوسف ومحمد معا حيث قال : وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه . فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكتوبة ، وعلى قياس قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكتوبة ومن نصف ما بقي من البذل انتهى . مع أن كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسئلة الإعتاق على ما سيأتى صريح في أن محمدا مع أبي يوسف هناك في أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكتوبا إذا كان موسرا دون الأقل منها ومن نصف ما بقي من البذل ، فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله ، نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان في مسئلة إعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما إحداهما ما ذكره المصنف فيما سيأتى ، والأخرى ما يوافقه قياس ما ذكره في مسئلة الاستيلاء ، ويدل عليه ما ذكر في بعض الكتب المتبعة كالكاوفي والبدائع ، فإن المذكور فيهما في مسئلة الإعتاق على قول محمد هو الرواية الأخرى وهي ضيان الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من البذل الكتابة ، لكن كلامنا في عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي أقصمته في لفظ الجامع الصغير هاهنا إلى قولهما معا . ثم أقول : الوجه عندى أن يكون مراد المصنف هاهنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاء على قياس قوله في مسئلة الإعتاق . وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة : يرشدك إلى هذا المعنى قطعا أسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول أبي يوسف : وفي قول محمد زيادة لفظ قياس في الأول وحده في الثاني تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة هاهنا ما بقيت لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ، كذا في العناية وغيرها . قال بعض الفضلاء فيه : إنه

وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطه جارية مشتركة ونصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة ، والولد ولد الأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح) وهو الملك في المكاتب (وهذا قولهم جميعا) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة هاهنا ما بقيت ، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ، وقد ذكرنا أيضا من قوله (ووجه ما بينا) أى في تعليل القولين ، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفا من قوله وتبين أن الجارية الخ ، وأما طرفهما فهو قوله لأنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولده الخ (وإن كان كاتبها ثم أعطتها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يرجع عليها لأنها لما عجزت وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قنة .

(قوله وهذا قولهم جميعا لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول : فيه أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالأقل من نصف القيمة ولصنف بدل الكتابة فليتأمل (قوله لأن الاختلاف) أقول : يبنى بين أبي حنيفة وصاحبيه .

والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئله تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق ، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتب قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمه قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً ، ويستسعى العبد إن كان معسراً لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار . قال (وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر ، فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق ، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه ، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ، وإعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمه قيمة نصيبه ، وله خيار العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه ويضمه قيمة نصيبه مدبراً لأن الإعتاق صادف المدبر . ثم قيل : قيمة المدبر تعرف بتقوم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته

ينبغي أن يملكها عند محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى . أقول : يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما إذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه في نصف الرقية على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فلتردد بينهما يجب أقلهما ، وهذا الوجه غير متمشٍ فيما إذا لم تبق الكتابة لأن كون حق شريكه

والجواب فيه) أى في إعتاق أحد الشريكين (على هذا الخلاف في الرجوع) فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد ، وعندهما لا يرجع عليه (وفي الخيارات) عند أبي حنيفة الساكت غير بين الخيارات الثلاث : إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه . وعندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار (وغيرها) يعنى الولاء وترديد الاستسعاء ، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق ، وعندهما للمعتق في الوجهين جميعاً . وأما ترديد الاستسعاء فلإنهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ، ويقولان : إن كان المعتق موسراً يضمن نصيب الساكت ، وإن كان معسراً سعى العبد لنصيب الساكت ، وأبو حنيفة رضى الله عنه يراه (كما هو مسئله تجزؤ الإعتاق كما تقرر في العتاق) هذا إذا عجز (فأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة) خلافاً لما هو واضح ، ومبناه أيضاً على تجزؤ الإعتاق ، وذلك (لأن الإعتاق لما تجزأ عنده لم يظهر إفساده نصيب الساكت ما لم يعجز فإن أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب) وهو حاصل ، وإنما يظهر ذلك إذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة فيوجب الضمان (وعندهما لما لم يتجزأ عتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً ويستسعى العبد إن كان معسراً ، لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار) قال (وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن المدبر غير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد وإعتاقه ، وإن كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو أن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة . وجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد

(قوله وغيرها الخ) أقول : معطوف على قوله وفي الخيارات ، وقوله وفي الخيارات معطوف على قوله في الرجوع (قوله يعنى الولاء وترديد الاستسعاء) أقول : فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق (قال المصنف : وإذا كان العبد بين رجلين) أقول : ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك .

زهو فن لأن المنافع أنواع ثلاثة : البيع وأشباهه ، والاستخدام وأمثاله ، والإعتاق وتوابعه ، والفائت البيع فيسقط الثلث . وإذا ضمنه لا يملكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك . كما إذا غصب مدبراً فأبقى ، وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث عنده ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقى خيار الإعتاق والاستعلاء لأن المدبر يعتق ويستسعى (وقال أبو يوسف ومحمد : إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لأنه لا يتجزأ عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً) لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ، ويضمن نصف قيمته قناً لأنه صادفه التدبير وهو قن (وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لأن الإعتاق لا يتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمد (ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً) ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما ، والله أعلم .

في نصف البذل على اعتبار الأداء إنما يتصور عند بقاء الكتابة ، وأما بعد زوالها فيصير ما أدته إلى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن أداء تمام البذل فانفسخت الكتابة فيحتد يتعين حتى شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل انتهى .

باب النفل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الإعتاق والاستعلاء ، فإذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستعلاء . ويقتصر الإعتاق على نصيبه لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والإعتاق والسعاية أيضاً كما هو مذهبه . فإن ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبراً لأن الإعتاق صادف المدبر . واختلفوا في قيمته . فقيل قيمته تعرف بتقويم المومنين . وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لأن المنافع أنواع ثلاثة : البيع وما أشبهه في كونه خروجاً عن الملك كالمبة والصلقة والإرث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعاً بالمنافع كالإجارة والعارية والوطء . والإعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاء والتدبير والإعتاق على مال ، والفائت من ذلك النوع الأول فيسقط الثلث ، وإذا ضمنه لا يملك شيئاً بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً وأبقى فإنه يضمنه ولا يملكه فكان ضمان حيولته بين المالك والمملوك لا ضمان تملك ، وإن أعتقه أولاً : يعني المسئلة الثانية كان للآخر الخيارات الثلاث عنده خيار التضمين والإعتاق والسعاية : لأن المقت اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين ، لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئاً للمعتق عن الضمان لمعتق وهو أن نصيبه كان قناً عند إعتاق المعتق فكان تضمينه إياه متعلقاً بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير . بخلاف الأول فهناك كان نصيبه مدبراً عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطاً بتمليك العين منه . والحاصل أن الضمان يتعلق بالتمليك إذا كان المحل وقت الإعتاق قابلاً للتمليك ، كما إذا أعتق أولاً أو غصب القن فأتى أو أبقى ، وأما إذا لم يكن المحل قابلاً له وقت الإعتاق كما إذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك ، فإذا اعترض ضمان الحيولة على ما يتعلق بالتمليك سقط الضمان لقوات شرطه ، فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئاً لصاحبه عما لزمه ، وبقى له خيار الإعتاق والاستعلاء لأن المدبر يعتق ويستسعى . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل ، لأنه لا يتجزأ عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قناً لأن تدبيره صادفه وهو قن ، وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله : وكلامه فيه ظاهر .

وإنما ذكرنا استطراداً (قوله فإذا دبره ، إلى قوله : وهو أن نصيبه كان قناً) أقول : الضمير في قوله نصيبه والضمير المستتر في قوله دبر واجمعا إلى قوله للآخر في قوله لكان للآخر الخيارات الثلاث .

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

قال (وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله ، فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيله وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظرا للجانبين ، والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعدار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه (فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله عجزه وفسخ الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضي الله عنه : إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ، ولأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من إمهال مدة استيسارا ، وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان .

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة ، فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعدار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية : والمديون بالجر عطف على كإمهال . أقول : هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعاً ، إذ لا شك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وإمهال المديون لأجل

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة . قال (وإذا عجز المكاتب عن نجم) التجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة ، وإن عجز المكاتب عن نجم (نظر الحاكم في حاله فإن كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يعجل بتعجيله وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعدار كإمهال الخصم للدفع) فإن المدعى عليه إذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنه يؤخر يوما ويومين وثلاثة لا يزداد عليه ، وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير ، والأصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة : - هذا فراق بيني وبينك - وكذلك قد رصاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كإمهال : يعني إذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوما أو ثلاثة أيام فإنه يمهل ولا يزداد عليه (فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله عجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه : إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه . ولقائل أن يقول : هذا استدلال بمفهوم الشرط ، وهو ليس بناهض لأنه يفيد الوجود فقط . والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام أنه معلق بشرطين ، والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما ، كما لو قال : إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق (ولأن عقد الكتابة عقد إرفاق) مبناه على المساحة (حتى كان أحسنه مؤجله ، وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا إرفاق في الطلب عنده (فلا بد من إمهال مدة إرفاقا ، وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فإن مضى النجم الثاني ولم يؤد المال

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

(قوله والمديون بالجر عطف على قوله كإمهال) أقول : فيه مساحطة لظهور أنه معطوف على الخصم (قوله يعني إذا ثبت) أقول : يعني يتردد المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول : سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله .

ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين ، وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا بدونه ، بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيرها ، والآثار متعارضة ، فإن المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكانة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها . قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده موله برضاه فهو جائز) لأن الكتابة تفسخ بالراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض .

القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول : فيه شيء . وهو أن دليلهما هذا لا يمتشى في صورة إن عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقا عليه بعد أن أدى سائر النجوم بأسرها ، إذ لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند إتمامه مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدي نجما واحدا في ضعف مدته ، ولا ريب أنه أسير له كما قال أبو يوسف رحمه الله . وقال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، فإنه إذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لانسلم هذه الشرطية انتهى . أقول : إن قوله هذه الشرطية ليس بسديد ، إذ الظاهر أن من في قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة ، وأن قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبر أن في قوله لأن فلا شرط ولا جزء في الكلام حتى تكون الجملة شرطية (قوله والآثار متعارضة ، فإن المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكانة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر على

تحقق العجز عن أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها الماعدان (ولهما أن سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لأن من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز ، وهذا أى كون العجز سببا للفسخ) لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا بدونه) والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى : أى فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضيا ، وأن يكون للقاضي : أى فيفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين ، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج إلى قضاء القاضي فيه روايتان (بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيرها قوله . والآثار متعارضة) جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه . وبين ذلك أنه روى عن ابن عمر أن مكانة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها ، لأن الآثار إذا تعارضت وجعل التاريخ تساقطت ويصار إلى ما بعدها من الحجة ، فيبقى ما قاله من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض ، لأن دليل أبي يوسف حكاية لتعارض المعقول فيثبت الفسخ به . قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان المراد بالإخلال هاهنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعينه في أدائها : فإذا أخل بهذا التعين بنجم عند غير السلطان : أى القاضي) فعجز فرده موله برضاه كان جائزا ، لأن الكتابة تفسخ بالراضى من غير عذر فبالعذر أولى ، وإن لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الإبطال بانفراده (تام) ليس فيه خيار شرط ، وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج إلى) الرضا أو (القضاء كالرد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم أن فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء ، ووجهها أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد ، لأن تمام الكتابة بالأداء وتتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه ، فشب هذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض ، وهناك ينفرده

(قال المصنف : لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول : فيه تأمل ، فإنه إذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية (قوله لأن دليل أبي يوسف) أقول : يعنى دليله المعقول (قوله وتتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول : ومن جملة أحكامه الجزية رقبة عند الأداء .

قال (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان في يده من الأسكاب فهو لمولاه) لأنه ظهر أنه كسب عبده ، وهذا لأنه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف . قال (فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعته في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقى فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما ، وبه أخذ علمائنا رحمهم الله . وقال الشافعي رحمه الله : تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه ، وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ، ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل ، وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد المات مقصودا أو يثبت

رضي الله عنه بأن الأثر المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها : أي بالآثار للعارض ، لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار إلى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به ، كذا في عامة الشروح . أقول : هنا إشكال ، لأن ما قاله من الدليل الملقول راجع إلى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الأصول عند بيان انحصار الأدلة الشرعية في الأربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع إلى القياس ، وقد صرح به صاحب غاية البيان هاهنا أيضا حيث قال : إن الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار إلى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى . وقد تقرر في الأصول أيضا أن القياس لا يجري في المقادير ، وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا : وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروى عن النبي عليه الصلاة والسلام ، لأن ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لأنه لا يدركه القياس انتهى . فإذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساقت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الأصول والقروع فكيف ينتهض ما قاله من الدليل المعقول الذي مرجعه إلى القياس حجة لهما في إثبات ما ذهبا إليه في جواب هذه المسئلة فليتأمل (قوله وقال الشافعي : تبطل الكتابة ويموت عبدا ، وما تركه لمولاه وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه ، ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل) قال صاحب الناية في شرح هذا المجل : وقال الشافعي : تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه ، وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ، واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى . ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشروح لدلالته . على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف : ولأن المقصود بالواو العاطفة انتهى . أقول : بل هو مطابق للمشروح فإن الواو في قوله واستدل

المشترى بالفسخ بلا قضاء فكذلك هاهنا . قال (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة ، وما كان في يده من الأسكاب فهو لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وإنما قال : ظهر لأن كسبه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له وإلا فلمولاه (وقد زال التوقف) قال (فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعته في آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولدون والمشترون في حال الكتابة وهو قول عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما (وبه أخذ علمائنا رحمهم الله . وقال الشافعي رحمه الله ، تبطل الكتابة ويموت عبدا ، وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه) واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك ، وذلك لأن العتق إن ثبت فإما أن يثبت بعد المات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا إلى حال حياته ، لا سبيلا إلى الأول لأن الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من عمل ، ولا إلا الثاني لأنه مشروط بالأداء والقرض عديم فلزوم وجود المشروط بدون شرطه ، ولا إلى الثالث لأن الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد

(قوله واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) أقول : لا يطابق للمشروح لدلالته على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف : ولأن المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فتبطل الكتابة ، لأن المقصود إنما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان المقد (قوله وهذا الشيء لم يثبت بعد) أقول : بل هو معتذر بالجهت في الحال على ما علمته .

قبله أو بعده مستندا ، لأوجه إلى الأول لعدم الحاية ، ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند . ولنا أنه عقد معاوضة ، ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر . والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق ، بل أولى لأن حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه . والموت أنقضى للملكية منه للمملوكية

المعطى أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لدعاه بالمقول أيضا ، كما أن قول المصنف ولأى المقصود بالكتابة الخ ، والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الفقهاء ، وقد صرح بجواز ذلك ككثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة ، فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ، ثم إن ذلك البعض قال : والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لأن العقود إنما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى . أقول : هذا كلام خال عن التبصير لأنه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ، ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فإنه قال : لأن العقود الخ بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا إياه ؟ وأيضا إن الفاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة المشروح (قوله بل أولى لأن حقه أكد من حق المولى) قال صاحب العناية : قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد . لأن العقد يبطل بموت الموقوف عليه وهو المكاتب دون العاقد . ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد هاهنا إنما هو الحاجة ، والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث مقتضى المانع الخ . أقول : لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا إنما هو مجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ، ولا وجه لتجوز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد ، لأن العقد يبطل بموت الموقوف عليه وهو المكاتب دون العاقد ، لأن الجواب عنه إنما يتصور بمنع

(ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى ، فكذا بموت الآخر ، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق) عليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه . وبيان أن هذا النص في الحال معلول ، وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره ، وبيان صلاحته بملاءمته للعقل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف ، وعدائته بظهور أثره في جنس الحكم المعطل به وغير ذلك من شروط القياس ، فإن تعذر ذلك فارجع إلى الأصول الجدلانية بادعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد من رده ، وادعاء الإضافة إلى المختص في هذا الموضع وأمثاله ، فإن يستر الله عليك ذلك بغيض من عنده بعد الجشوع على الركب بمضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدره ، وإلا فياكم ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهالة الذي ظهر عند ذوى التحصيل جلوه ، وألحق بالأخسرين أعمالا الذين ضلّ سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد ، لأن العقد يبطل بموت الموقوف عليه وهو المكاتب دون العاقد . ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد هاهنا إنما هو الحاجة ، والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث مقتضى المانع . أما المقتضى فدلّ أن حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه ، و أما المانع فلأن (الموت أنقضى للملكية منه للمملوكية)

(قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد) أقول : هذا لا يخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب منقودا عليه ، اللهم إلا أن يحمل على الكلام التزلي (قوله والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى) أقول : إلى في قوله إلى ذلك متعلق بقوله أدعى ، وأشار بقوله ذلك إلى الإبقاء والمعنى والحاجة إلى الإبقاء أدعى الخ :

فيُزَل حياً تقديراً ، أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه ، وكل ذلك ممكن على ما عرف تماماً في الخلافات . قال (وإن لم يترك وفاء

كون المكاتب نفسه معقوداً عليه ، وبين المعقود عليه إنما هو سلامة مالكية البذل كما صرحوا به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لنوع ذلك قط ولإليان أن المعقود عليه ماذا ، فلا مجال لأن يكون كلامه هذا جواباً عن ذلك السؤال ، لأن بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جواز هبكون الحاجة أدعى إلى إبقائه بعد أن هلك المعقود عليه ، فلا تفيد المقدمات المذكورة ما هنا شيئاً في دفع ذلك السؤال أصلاً ، ثم إن بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جواباً عما ذكر بوجه آخر حيث قال : لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب معقوداً عليه ، اللهم إلا أن يحمل على الكلام التزلي انتهى . أقول : ليس هذا بنام لأن كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحاً في عدم كون المكاتب معقوداً عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقوداً عليه أيضاً لوقوع العقد على نفسه ، ألا يرى إلى قوله في تصوير مسألة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بأن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحاً في ذلك فعدم كون المكاتب معقوداً عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضاً ، والسؤال المذكور إنما يتوجه من قبل الخصم . فلو قصد المصنف بقوله بل أوى الجواب عنه لم يكن منافياً لقوله السابق بل يكون مقررًا له فلا احتياج إلى التزلي ، بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله فيزول حياً تقديراً أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه) هذا إشارة إلى الجواب عما ذكره الخصم من التردد بوجهين ذهب إلى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا : أحدهما أنه يعتق بعد الموت بأن يزول حياً تقديراً كما أنزلنا الميت حياً في حق بقاء التركة على ملكه فيها إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث ، وكما قدرنا المولى حياً ومالكاً ومعتقاً في فصل موت المولى . وثانيهما أنه يعتق في آخر جزء من أجزائه حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه . هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام . ثم أقول : من العجائب ما هنا أن صاحب الإصلاح والإيضاح بدل كلمة أو في أو

فإن المملوكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزاً صرفاً حقيقياً وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها (فيزول حياً تقديراً) كما أنزلنا الميت حياً في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيها إذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو عقد الكتابة إلى ما قبل الموت) فإن قيل : يلزم تقديم الشروط على الشرط . أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كأدائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن يعتق يتقدم على الأداء بل يقدر الأداء قبل المعتق ، ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد . قال (وإن لم يترك وفاء

(قال المصنف : أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت) أقول : فإن قيل : من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء يثبت ثم يستند ؟ قلنا : الأداء ثابت في الحال ، فإن أداء خلفه كأدائه فيستند إلى ما قبل الموت ، وثبتت الحرية ليس بطريق الاستناد لهذا جواب باختيار الشافعي الثاني من التردد ، وإضافة السبب إلى الأداء بيانية . أو نقول : المراد من استناد سبب الأداء استناد سببية عقد الكتابة لنفسه ، إذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب ، فإن التعليقات ليست أسباباً عندنا في الحال بل عند وجود الشرط ، فإذا أسند الأداء إلى ما قبل الموت فتأمل مراجعنا إلى شرح الإقناني ، ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع للفقهي حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم ، كذا في التوضيح في فصل المأمور به نوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو عقد الكتابة إلى ما قبل الموت) أقول : ثبت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر . والحق أن تجعل إضافة السبب إلى الأداء بيانية . وقوله ويكون أداء خلفه الخ دفعا لما يقال إنه لم يوجد من المكاتب الأداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه) أقول : ولعله إنما لم يتعرض له لأن سلامة مالكية اليد فانت بغيره ، إذ لا مالكية للميت فلا فائدة في التفرص ، أو جملة بقاء حكماً مشتركاً كما لا يخفى . والجواب أنها حصلت له بالمقد والتمصيل في النهاية .

وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه فإذا أدى حكمتا بعق أبيه قبل موته وعق الولد) لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفاء (وإن ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا) وهذا عند أبي حنيفة . وأما عندهما يؤديه إلى أجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة . والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى إعاقته بخلاف سائر أكسابه . ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الأجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لأنه لم يضاف إليه العقد ولا يسرى حكمه إليه لانفصاله ، بخلاف المولود في الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم إليه بحيث دخل في حكمه سعى في نجومه (فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر (وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لأن الولد إن كان صغيرا فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيرا جعلنا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ماهر .

تستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في أثناء تقرير تعليل أئمتنا في هذه المسئلة ، فيزول حيا تقديرا وتستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت . وقال في حاشيته على قوله وتستند الحرية : هذا من تمام التعليل ، فن قال أو تستند فقط أخطأ انتهى . وفسر القائل في حاشية صغرى بصاحب الهداية ، ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن المخطئ هو هذا المخطئ ، فإن المقصود من كلمة أو هو الإشارة إلى المسلكين المختلفين المسجلين في إثبات قول أئمتنا في مسئلتنا هذه ، فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ، ولعل منشأ غلط ذلك المخطئ أنه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية إلخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معاوضة فخطأ بأنه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ، ولأرب أنه معطوف على قوله فيزول حيا تقديرا ، وأنه لا يخلو عن تمام التعليل بأحد الأمرين بل فيه تورية القاللة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه إليه لانفصاله) قال بعض الفضلاء : فيه بحث انتهى . أقول : الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة إليه لما دخل في كتابة أبيه ، وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعاله أنه إذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته . وأيضا لو لم يسر حكمه إليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالا ، لكنه ساقط بوجهيه . أما سقوط وجهه الأول فلأن دخول الولد المشتري في كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه إليه ، بل يجعل المكاتب مكاتب الولد باشرائه إياه تحقيقا للصلة بقدر الإمكان كما أن الحر إذا اشترى ولده يصير معقلا بالاشتراء . وأما سقوط وجهه الثاني فلأن عتق الولد المشتري عنده بأداء بدل الكتابة حالا ليس

وترك ولدا مولودا في الكتابة الخ) الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة أبيه على نجومه إن كان مغلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الأداء كما لو ترك وفاء . وأما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عندهما . وقال أبو حنيفة رحمه الله : قيل له إما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا . هما اعتبراه بالمولود بجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى إعاقته كالمولود فيها ، بخلاف الأكساب فإن المولى لا تصرف له في أكسابه ولهذا لا يقتدر على إعاقته عبد المكاتب . وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب ، فإن اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما اشتراه دخل في كتابته ، فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد ، ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضا في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر ، وكذلك إن كوتب الأب والابن كتابة واحدة ومات الأب وترك وفاء ورثه ابنه لأن الولد إما أن يكون صغيرا أو كبيرا ، فإن كان صغيرا فهو تبع لأبيه ،

قال (وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم ، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالى الأب . والقضاء بما يقرّر حكمه لا يكون تعجيزاً (وإن اختصم موالى الأم وموالى الأب في ولائه فقضى به لموالى الأم فهو قضاء بالعجز) لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً ، وذلك يبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها . فإنها إذا فسخت مات عبداً واستقرّ

لأجل السراية أيضاً بل لصيرورة المكاتب إذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء . وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال : وكان ينبغي أن يباع بعد موته لقوات المتبوع ، ولكن إذا عجل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فينصر (قوله وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة الخ) قال صاحب العنايه : ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما انتهى . أقول : هذا كلام للاحصل له ، لأن الفرق متحقق بين كل مستثنين ، وإلا لم تكونا مستثنين بل صارتا مسئلة واحدة . فكل مستثنين إذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما ، فما وجه تخصيص عليّ بيان الفرق بذكر هاتين المسئلتين ؟ فإن قيل : الفرق بين هاتين المسئلتين حتى فكان بيانه أمّ فيهما ولهذا خص عليّته بذكرهما قلنا : خفاء الفرق أيضاً متحقق في كثير من المسئلتين كما لا يخفى . فلم يتم وجه التخصيص . وأيضاً لو كان ذكرهما مجرد بيان الفرق بينهما لما استحضت واحدة منهما للذكر منفردة عن الأخرى ، ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان ، على أن الفرق بين مفهوى هاتين المسئلتين ظاهر غنى عن البيان ، وإنما يحتاج إلى البيان هو الفرق بين عليّتهما ، وبيان الفرق بين عليّتهما إنما وقع في الهداية ، وهاتان المسئلتان أنفسهما مذكورتان في البداية أيضاً بدون بيان العلّة ، فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في أنفسهما ، وبفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل (قوله لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالى الأب ، والقضاء بما يقرّر حكمه لا يكون تعجيزاً) قال صاحب

وإن كان كبيراً جعلاً كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما ، فالحكم بحرية الأب حكم بحريته في تلك الحالة : يعنى آخر جزء من أجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت . قال (وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة الخ) ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما . وصورتها : مكاتب مات وله ولد حرّ من امرأة حرّة وترك ديناً على الناس وفاء بمكاتبته ، فالكتابة باقية وولاء الولد لموالى الأم . أما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر ، لأن الدين باعتبار ما له مال ، ولكن لا يحكم بعقده حتى يؤدى البذل ، وإنما قيد بالدين لأنه لو ترك عينا لم يأت القضاء بالإلحاق بالأمر لإمكان الوفاء في الحال : وأما أن الولاء لموالى الأم فلائنه لما لم يحكم بعقده لم يظهر للولد ولواء في جانب أبيه ، فإن جنى هذا الولد جناية وقضى به : أى بموجب الجناية على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة ، لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة ، وكل ما يقرّر شيئاً لا يبطله . أما أنه يقرّر حكم الكتابة فلائنه الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق للمكاتب فينجر ولواء ابنه إلى مواليه ، لأن الولاء كالنسب والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعدد إثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه ، كما إذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب إليه فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرّر ثبوت ملازمه . وأما أن كل ما يقرّر شيئاً لا يبطله فثلاً يعود على موضوعه بالنقض (قوله وإن اختصم موالى الأم الخ) هو المسئلة الثانية ، وصورتها : مات هذا الولد بعد الأب واختصم موالى الأب وموالى الأم فقال موالى الأم مات رقيقاً والولاء لنا ، وقال موالى الأب مات حراً والولاء لنا ، فقضى بولائه لموالى الأم فهو قضاء بالعجز

(قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول : وهي قوله وإن اختصم موالى الأم (قوله لأنه لو ترك عينا لم يأت القضاء) أقول : أى على معنى (قوله مات رقيقاً ، إلى قوله : مات حراً والولاء لنا فقضى بولائه) أقول : التفسير المستتر في مات رقيقاً والمستتر في مات حراً راجعاً إلى الأب ، والتفسير في قوله بولائه راجع إلى الولد (قال المصنف : لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً الخ) أقول : لا يخفى

الولاء على موالى الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالى الأب ، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا . قال (وما أدنى المكاتب من الصدقات إلى مولاة ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق ، وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة رضى الله عنها « هي لها صدقة ولنا هدية » وهذا بخلاف ما إذا أباح للفني والهاشمي ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيع ، ونظيره المشتري شراء فاسدا إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طيب ، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب ، وهذا عند محمد ظاهر لأن بالعجز يتبدل الملك عنده . وكذا عند أبي يوسف . وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

الغاية في حل هذا المحل : لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة . وكل ما يقرر شيئا لا يبطله . أما أنه يقرر حكم الكتابة فلأن الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يَحْتَمِلُ أن يعتق المكاتب فينجر ولاء ابنه إلى موالى ، لأن الولاء كالنسب والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه ، كما إذا أكلت المكاتب الملاء نفسه عاد النسب إليه فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها ، وثبتت اللازم يقرر ثبوت ملزومه . وأما أن كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلأنه يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه . أقول : في تقريره نوع إشكال على طريقة أهل المقول فإن قوله ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع ، إذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم بلحوا أن يكون اللازم أعم من الملزوم ، ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص ، والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لأن إيجاب العقل على موالى الأم يتحقق في صورة أن يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم الضرب . ثم أقول : يمكن دفعه بأن اللازم هاهنا ليس مطلق لإيجاب العقل على موالى الأم ، بل لإيجابه عليهم على وجه يَحْتَمِلُ أن يعتق المكاتب فينجر ولاء ابنه إلى موالى وإيجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة إبقاء الكتابة ، إذ في صورة القضاء بالعجز ينقضي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جرّ الولاء كما صرح به في المسئلة الآتية ، ولكن بقي هاهنا شيء ، وهو أن المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه ، لأن ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جنابة الولد على عاقلة الأم قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة . فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتأمل (قوله وما أدنى المكاتب من الصدقات إلى مولاة ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة ، كذا في الكافي وجماعة الشروح . فإن قيل : إن ملك

وفسخ الكتابة ، لأن هذا الاختلاف اختلافا في الولاء مقصودا وهو واضح . وذلك يبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبدا واستقرّ الولاء على موالى الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالى الأب ، وهذا : أي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء ، وإذا كان القضاء بالولاء نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جرّ الولاء ، لما تقدم في المسئلة الأولى أن ذلك جزء اللازم والشيء ينتهي بانتفاء جزئه . قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه . وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانه بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب . وليس أحد البطالين أرجح . وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لأنه إذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالإجماع ، وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها . قال (وما أدنى المكاتب من الصدقات إلى مولاة الخ) إذا كان المكاتب أخذ من الزكوات شيئا وعجز ، فأما إن عجز بعد أدائه إلى المولى أو قبله ، فإن كان الأول فهو طيب

عليك أن مقصود كل واحد من تينك الطائفتين قرار الولاء عليه ، فاغصاهم في الحقيقة في فلا يرد أن يقال : يتصور الولاء لمولى الأم على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الأداء فلا يستقيم قوله وذلك يبنى (قوله لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول : هاهنا مسأحة حيث لا يطابق تعليله للحال ظاهرا ، فإنه جعل احتمال جرّ الولاء لازما في المسمى ، وجزء اللازم في الدليل ، وتوجيهه غير خفى كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول : ناظر إلى قوله ما يجب رعايته .

لأنه لا خبث في نفس الصدقة ، وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالاً به ، ولا يجوز ذلك للفني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمة والآخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقى في أيديهما ما أخذنا من الصدقة فإنه يطيب لهما . وعلى هذا إذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من

الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك ؟ قلنا : ملك الرقبة للمولى كان مغلوباً في مقابلة ملك اليد للمكاتب ، حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ، ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ، ثم بالعجز ينعكس الأمر ، وليس هذا إلا بتبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح . واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب . وفيه نظر ، لأننا لانسلم أن ذلك تبدل ، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين اهـ . وقصد الشارح المعنى دفع ذلك فقال : قلت أول كلامه منع مجرد ، والثاني دعوى بلا برهان اهـ . أقول : لس هذا بشيء . فإن المنع المجرد والمنع مع السند لكلامهما من دأب المناظرين ، غاية الأمر أن الثاني أقوى من الأول ، فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد . وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان فقاسد ، إذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضاً منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان ، والصواب في دفع ذلك أن يقال : إن منع التبدل مكابرة : إذ لا شك أن الانكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل ، وإن منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط ، لأن كونه بمنزلة تبدل العين إنما هو في حكم الشرع دون الحقيقة ، وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه . ثم قال صاحب العناية : ولعل الأولى أن يقال : للمولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلاً اهـ . ورد عليه الشارح المعنى بأنه إن لم يكن له ملك يد فلا ملك رقية . أقول : هذا أيضاً كلام لغو ، إذ أن يكون له ملك رقية قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر إلى ملك اليد ، وهو كاف في كون ما أدى إلى المكاتب من الصدقات طيباً للمولى كما صرحوا به . والصواب في الرد عليه هاهنا أن يقال : هذا الذي ذكره في المال عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح ، وأورد هو النظر عليه مع ما في ذلك الجواب من المزية وهي الإشارة إلى وجه اعتبارهم بتبدل ملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بأن ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد ، فكان اعتبار حال الغالب وهي التبدل أولى من اعتبار حال المغلوب وهي البقاء فلا وجه لإيراد النظر على ذلك الجواب ، وذكر هذا من عند نفسه وادعاء أنه أولى من ذلك (قوله لأنه لا خبث في نفس الصدقة ، وإنما الخبث في فعل الآخذ ، إلى قوله : والآخذ لم يوجد من المولى)

للمولى بالإيجاب لأن سبب الملك فيه قد تبدل لأن العبد يملكه صدقة والمولى يملكه عوضاً عن العتق ، وتبدل السبب كتبدل العين . أصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيها أهدت إليه صلى الله عليه وسلم وهي مكاتبية حيث قال صلى الله عليه وسلم « هي لما صدقة ولنا هدية » وهذا بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لفني أو هاشمي فإنه لا يطيب لهما ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل سبب الملك ، ونظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له . وإن كان الثاني فكل ذلك الجواب على الصحيح ، وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لأنه بالعجز يتبدل الملك ، فإن عنده أن المكاتب إذا عجز بملك المولى أكرهه ملكاً مبتدأ ولهذا أوجب نقض الإجارة في المكاتب إذا أجر أمته ظنراً ثم عجز ، وكذا عند أبي يوسف رحمه الله ، وإن كان بالعجز يقرر ملك المولى عنده فإن للمولى نوع ملك في أكرهه ، وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيها مضمياً كالعبد المأذون ، ولهذا إذا أجر المكاتب أمته ظنراً ثم عجز لا يوجب فسخ الإجارة لأن الخبث ليس في نفس الصدقة ، وإلا لما فارقها أصلاً ، وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالاً به ، وذلك لا يجوز للفني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمة ، والآخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذنا من الصدقة

(قال المصنف : ولا يجوز ذلك لفني من غير حاجة ، ولهاشمي لزيادة حرمة) أقول : فلهذا لو أباح الفقير لفني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده ، إذ لا أخذ منهما كالأخذ (قوله لأن الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول : تماثل لقوله وكذا عند أبي يوسف .

الصدقة في يده . قال (وإذا جنى العبد فكاثبه مولاه ولم يعلم بالجنابة ثم عجز فإنه يدفع أو يفدى) لأن هذا موجب جنابة العبد في الأصل ولم يكن عالماً بالجنابة عند الكتابة حتى يصير مختاراً للقضاء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع ، فإذا زال عاد الحكم الأصلي (وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وإن قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ، وقد رجح أبو يوسف إليه ، وكان يقول أولاً يباع فيه وإن عجز قبل القضاء ، وهو قول زفر لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنابة ، فكما وقعت انعدمت موجبة للقيمة كما في جنابة

قال بعض الفضلاء : فعلى هذا لو أباح الفقير للغنى أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده إذا لا أخذ منهما كما لا يخفى اهـ . أقول : إن لم يوجد منهما الأخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الأخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث : إذ لا فرق في إيراد الخبث بين أخذ من واحد وأخذ من آخر إذا وجد الإذلال بالأخذ ، بخلاف المولى فيما نحن فيه فإنه لم يوجد منه الأخذ لأن يد المتصدق وهو ظاهر ، ولا من يد العبد ، فإن أكسبه ملك مولاه عند أبي يوسف ، فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الأخذ بل يبيى ملكه في يده على حاله كما يرشد إليه تشبيهه بأبن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة . فإن قلت : لاشك أنه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده ، فبالعجز انتقل ذلك منه إلى المولى فوجد من المولى الأخذ من يد العبد بهذا الاعتبار . قلت : ذلك الانتقال ضرورى والأخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك أخذاً ، ولو سلم أن يعد ذلك أخذاً فالأمر فيما نحن فيه عند أبي يوسف أخذ المولى ملك نفسه من يده ، والذي كان سبب الخبث إنما هو أخذ ملك الغير من يده

فإنه يطيب لهما ، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة ، وإنما قيل على الصحيح لأن بعض الشايخ قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب ، لأن المكاتب عنده لا يملك المولى أكسبه ملكاً مبتدأً بل كان له نوع ملك في أكسبه ، وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفاً . وهاتان سؤالان مشكلان وهما أن ملك الرقبة كان للمولى فأني يتحقق تبدل الملك ، وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان مغلوباً في مقابلة ملك اليد للمكاتب ، فإن للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك لإتبدل الملك للمولى ، وفيه نظر لأننا لا نسلم أن ذلك تبدل ، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين ، ولعل الأولى أن يقال : المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلاً . قال (وإذا جنى العبد فكاثبه مولاه (الخ) إذا جنى العبد فكاثبه مولاه ولم يعلم بالجنابة لم يجعل مختاراً للقضاء ويجب عليه قيمته . أما الأول فلعل علمه بالجنابة . وأما الثاني فلأن الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعوه وهو لا يعلم بالجنابة فإن عجز خير المولى بين الدفع والأداء والقضاء لأن هذا : أى أحد هذين الأمرين موجب جنابة العبد في الأصل ، والموجب الأصلي لا يترك إلا بمانع ، فإن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمر ضروري والمانع عنه حال الكتابة قائم ، أما من القضاء فلما مر من عدم العلم . وأما من الدفع فلعله بالكتابة . فأما إذا عجز فقد زال المانع ، وإذا زال المانع عاد الحكم الأصلي ، وكذلك : أى وكما مر من عود الحكم الأصلي إذا جنى المكاتب ولم يقض به : أى بموجب الجنابة حتى عجز لما بينا

(قوله وفيه نظر لأننا لا نسلم أن ذلك (الخ) أقول : وأنت خير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضاً كذلك فإن ذلك يجعله حلالاً عليها للمولى يوم يحلونه حلالاً بدون هذا التبدل كما في ابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى فبذلك أولى (قوله ولعل الأولى أن يقال (الخ) أقول : إن أراد أنه لم يكن له ملك أصلاً فهو لا يوافق للمعجب ، وإن أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور فيه فيلزم (قوله إذا جنى العبد فكاثبه مولاه ولم يعلم بالجنابة لم يجعل مختاراً للقضاء ويجب عليه قيمته) أقول : أى إذا كان قيمته أقل من أرش الجنابة ، وإلا فالواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرش الجنابة . ثم اعلم أن التضييق في قوله عليه راجع إلى المولى . (قوله وكذلك : أى وكما مر من عود الحكم الأصلي) أقول : والأولى أن يجعل الإشارة إلى ما ذكر من المشتبه والتشبيه بفرد الحكم الأصلي .

المدير وأم الولد . ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا ، بخلاف التدبير والاستيلاء لأنهما لا يقبلان الزوال بحال . قال (وإذا مات المولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) كى لا يؤدى إلى إبطال حق المكاتب ، إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له أذ المال إلى ورثة المولى على نجومه) لأنه استحقاق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير ، إلا أن الورثة يخلفونه

وهو يتحقق عند إباحة الفقير للفقير أو الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال لتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية : فإن قيل : قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه ، لأن مذهب زفر رحمه الله أن جنابة المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه

من زوال المانع وإن قضى به : أى بموجب الجنابة عليه : أى على المكاتب في كتابته لم عجز فهو : أى ما قضى به من موجبها دين في ذمته يباع فيه . وأعلم أن المكاتب إذا جنى جنابة خطأ فإنه يسعى إلى الأقل من قيمته ومن أرش الجنابة ، لأن دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجنابة عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له ، والواجب هو الأقل من القيمة ومن أرش الجنابة ، ألا ترى أن في جنابة المدير وأم الولد يجب على المولى الأقل من قيمتهما ومن أرش الجنابة لأنه أحق بكسبهما ، هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وغيره . وإذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصلي وهو دفع الرقية إلى القيمة قبل زوال المانع ، فإذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة للقضاء ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقد رجح إليه أبو يوسف رحمه الله وأما قول أولي بيع فيه وإن عجز قبل القضاء إلا أن يقضى المولى عنه ، وهو قول زفر رحمه الله لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنابة ، فالجنابة عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنابة المدير وأم الولد . وقوله من الرقية إلى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن أرش الجنابة ، وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط ، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجنابة . ولنا القول بالموجب ، وهو أننا سلمنا أن المانع من الدفع قائم ، ولكن الكلام في أنه قابل للزوال أولا ، ولا شك في قبوله لإمكان انقضاء الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا . فإن قيل : قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لأن مذهب زفر رحمه الله أن جنابة المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل ؟ قلنا : ظهوره ، فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان وجود الموجب الأصلي فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإنه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، بخلاف التدبير والاستيلاء لأنهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة . قال (وإذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لأنها سبب حريته وحرية حقه فهي سبب حقه ، وسبب حق المرء حقه لإفضائه إلى حصوله ، فالكتابة حقه ، فإذا مات المولى لا تنسخ كى لا يؤدى موته إلى إبطال حق غيره ، ويقال له أذ المال إلى ورثة المولى على نجومه : أى مؤجلا لأنه استحقاق الحرية على هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغير ، وهذا لأن المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه ، بخلاف ما إذا كان مريضا وكتبه فإن المكاتب يؤدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيقا لأنه لما كان مريضاً لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كإسقاطه (قوله إلا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو يتغير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغييرا في عقد الكتابة لأنها باقية كما كانت ، فكذا أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيرا فلكذلك دين الكتابة

(قوله وهو دفع الرقية إلى القيمة الخ) أقول : لا يخالف ما غاها أنفا إن الموجب الأصلي أحد الأمرين ، لأن أحد الأمرين كان دفع الرقية وقد ينتقل منه إلى القيمة ، ثم أعلم أن قوله إلى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل .

في الاستيفاء (فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لأنه لم يملكه . وهذا لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة ، وإن أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث ، وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى ، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه ، لأننا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه ، والعتق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب لافي بعضه ولا في كله . ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة ، والله أعلم .

(كتاب الولاء)

أخذ في الدليل ؟ قلنا ظهوره ، فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان عود الموجب الأصلي له كلامه . أقول : فيه بحث ، إذ لمانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال ، كيف وهذا التردد متحقق فيما إذا عجز بعد اقتضاء أيضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع هاهنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف أولا ؟ فن أبن يثبت الظهور ، ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال ازم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستتر كما بعد أن قال إن المانع قابل للزوال للتردد ، أو كان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالضرع على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة . وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال : ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي إلا بالقضاء أو الرضا .

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب ، لأن الولاء من آثار التكاثر بزوال ملك الرقية عند أداء بدل الكتابة ، وهو وإن كان من آثار الإعتاق أيضا إلا أن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقطت التكاثر إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لتلا يتقدم الأثر على المؤثر ، ثم إن الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب ، وحصول ثنائي بعد

(فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه . إذ المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالإرث) ولا عتق فيها لا يملك ابن آدم (وإن أعتقوه جميعا) عتق استحسانا . وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك . ووجه الاستحسان أن يصير إعتاقهم إبراء عن بدل الكتابة فإنهم يملكونه لجريان الإرث فيه (وإذا برئ المكاتب عن) جميع (بدل الكتابة عتق كما إذا أبرأه موله) فإن قيل : فاجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه . قلنا : لا يصح ، لأننا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه ، والعتق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض البذل أو أدائه لافي بعضه ولا في كله ، لأن عتقه معلق بسقوط جميع البذل ، ولهذا لو أبرأ المورث عن بعض البذل لم يعتق منه شيء ، وإذا لم يمكن إثبات مقتضى لا يثبت مقتضى فلا وجه لإبراء البعض ، وكذلك إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع .

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لأنه من آثار زوال ملك الرقية ، وقد ساق موجب ترتيب الأبواب على التبع المتقدم إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لتلا يتقدم الأثر على المؤثر . والولاء في اللغة عبارة عن النصرة

(كتاب الولاء)

الولاء نوعان : ولأء عتاقه ويسمى ولأء نعمة ، وسببه العتق على ملكه في الصحيح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثه كان الولأء له . وولأء موالأءه ، وسببه العقد ولهذا يقال ولأء العتاقه وولأء الموالأءه ، والحكم يضاف إلى

الأول من غير فصل ويسمى ولأء العتاقه وولأء الموالأء به لأن حكمهما وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل . وقيل الولأء والولأءة بالفتح النصرة والمحبة ، إلا أنه اختص في الشرع بولأء العتق وولأء الموالأءه . فالولأء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالإعتاق أو بعقد الموالأءه ، ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . أقول : فيه فتور . أما أولا فلأن الظاهر أن الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل فهو بما نحن فيه صفة حكم ولأء العتاقه وولأء الموالأءه لأصفاة أنفسهما فكيف نحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى ما أخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما . وأما ثانيا فلأن ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر إنما يدل على كون التناصر غيرهما لأنفسهما ، إذ لا يحتق على الفطن أن المطلوب بالثيء لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له ، إذ لا معنى لكون الشيء وسيلة إلى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولأء العتاقه وولأء الموالأءه في الشرع عبارة عن التناصر بأن قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر . وقال في العناية : الولأء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة ، وهو مشتق من الولي وهو القرب ، وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل . وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل اه . أقول : فيه منخل ، لأن الولأء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة ، لأن الاشتقاق أن تجد بين اللفظين تناسب في اللفظ والمعنى ، ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معناه القرب وبين الولأء بمعنى النصرة والمحبة ، وإنما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب وبين الولأء بمعنى القرابة . وعن هذا قال في الكافي والكفاية : هو من الولي بمعنى القرب ، ويقال بينهما ولأء : أي قرابة ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام « الولأء لمة كل لمة النسب » أي صلة كوصلة النسب اه . فالولأء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة إنما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة ، وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولأء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب : وقيل الولأء والولأءة بالفتح النصرة والمحبة إلا أنه اختص في الشرع بولأء العتاقه وولأء الموالأءه اه . وقال في التبيين : هو من الولي فهو قرابة حكيمه حاصلة من العتق أو الموالأءه . ثم قال : أو من الموالأءه وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة إلا أنه اختص في الشرع بولأء العتاقه وولأء الموالأءه اه . فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولأء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين المعنيين وإخلال بحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالورثة كان الولأء له) إنما قيد بقوله في الصحيح احترازاً عن قول أكثر أصحابنا فإنهم يقولون سببه الإعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام « الولأء لمن أعتق » ولكنه ضعيف ، فإن من ورت قريبه فعتق عليه كان ولأؤه له ولا

والمحبة ، وهو مشتق من الولي وهو القرب ، وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل . وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل . قال (الرأء نوعان) بنوع الرأء باختلاف السبب إلى نوعين : فالأول (ولأء عتاقه ويسمى ولأء نعمة) اقتضاء بقوله تعالى - وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنمت عليه - أي بالإعتاق وهو زيد (وسببه العتق على ملكه في الصحيح) وقوله في الصحيح احترازاً عن قول أكثر أصحابنا إن سببه الإعتاق استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم « الولأء لمن أعتق » وإنما كان ذلك صحيحاً ، لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالورثة كان الولأء له ولا إعتاق ، فجعل العتق سبباً أولى لعمومه . والثاني ولأء موالأءه وسببه العقد على ما سذكر (قوله ولهذا يقال ولأء العتاقه وولأء الموالأءه) بيان لسبب النوعين فإن كلا منهما يضاف

(قوله استدلالاً بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول : ويجوز جواب استدلالهم بعد مطور (قوله فجعل العتق سبباً أولى لعمومه) أقول : الأصوب تبديل الأول بالصواب (قوله بيان لسبب النوعين) أقول : أي لسببية سببهما .

سببه ، والمعنى فيهما التناصر ، وكانت العرب تتناصر بأشياء ، وقرّر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال : « إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم » والمراد بالخليف مولى الموالات لأنهم كانوا يؤكلون الموالات بالخلف . قال (وإذا أعتق المولى مملوكه فولأؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » ،

إعتاق هناك . فالصحيح أن سببه العتق على ملكه ، ألا يرى أنه يقال : ولأه العتاقة ولا يقال ولأه الإعتاق ، والحكم يضاف إلى سببه . وأما قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » فالمراد أن الولاء له بسبب العتق لا بسبب لإعتاق ، فإن في الإعتاق عتقا بدون العكس ، هذا زبدة ماني جملة الشروح هاهنا . وقال في البدائع : أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلًا بصنعه وهو الإعتاق أو مايجرى مجرى الإعتاق شرعا كشرائه القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية ، أو بغير صنعه بأن ورث قريبه ، وسواء أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالإعتاق عن كفارة القتل والظهار والإفطار واليمين والنذر ، وسواء كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الإعتاق على مال ، وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا إلى وقت ، وسواء كان صريحا أو يجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية ، وكذا العتق الحاصل بالتبدير والاستبلاذ ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » من غير فصل إلى هنا لفظ البدائع . أقول : كون الحديث المذكور أصلا في حق الصور الزبورية كلها محل نظر ، فإن في صورة إن كان العتق حاصلًا بغير صنعه كما إذا ورث قريبه لا يوجد الإعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » فليتأمل في الدفع (قوله والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب العناية : قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي اه . أقول : فيه بحث ، إذ ليس مفهومهما الشرعي مطلق التناصر ، بل تناصر يوجب الإرث والعقل كما صرح به الشارح الزبور وغيره ، وبهذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت ، فأو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما أطلق التناصر بل خصصه بما هو المعتبر في مفهومهما الشرعي ، على أنه لو كان مراده بيان مفهومهما لغويا كان أو شرعيا لقال ومعناها التناصر دون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام . والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما ، وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر ، والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط أيضا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله وإذا أعتق المولى مملوكه فولأؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق ») قال صاحب العناية : وجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اه . أقول : لا يذهب عليك أن حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد ، إذ لاشك أن المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء ، والوجه المذكور إنما يفيد الثاني دون الأول فلا يتم الترتيب . والصواب أن وجه الاستدلال هاهنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء » ولام الاختصاص في قوله « لمن أعتق » تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى - الحمد لله - دل بلاى الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى . ثم قال صاحب العناية :

إلى شيء ، والإضافة تدل على السببية كما عرف في الأصول . وقوله (والمعنى فيهما التناصر) بيان مفهومهما الشرعي (قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء) بيان وجوه التناصر فيهما ، فإن العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والمناطة (و) قد قرّر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال : « إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم » . والمراد بالخليف مولى الموالات لأنهم كانوا يؤكلون الموالات بالخلف (قال (وإذا أعتق المولى مملوكه الخ) إذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم . فإن قيل : الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لأن أعتق مشتق من الإعتاق . فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر

(قوله وجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق) أقول : وأنت خير بأن المراد من قوله : « وإذا أعتق الخ » ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الأصل الخ) أقول : فيه تأمل .

ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ، ولأن الغنم بالغرم ، وكذا المرأة تعتق لما روينا ،

فإن قيل : الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لأن أعتق مشتق من الإعتاق . فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه . أقول : في جوابه نظر ، لأن كون مصدر الثلاثي أصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المريد عليه كما فيما نحن فيه ، فإن كثيرا من مصادر المزيادات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي ؛ ألا يرى أن الإعتاق مثلا يكون علة للعتق ، ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه إلى غير ذلك من الصور ، ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : قوله ولأن التناصر به : أي بسبب الإعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث . وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ، ومن ينتصر بشخص يعقله لأن الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغنم عقله ، والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه لأن الرقيق هالك حكما ، ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك . وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان إحياء معنى . ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث فكذلك الولاء اه كلامه . أقول : في أوائل تقريره الدليل خلل ، لأنه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى المقت بالفتح ، والانتصار في جانب المولى بمعنى المقت بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بنط كلامه سببا في قوله فحيث يغنم بنصره يغرم عقله ، والظاهر أن الأمر بالعكس ، إذ المقت بالفتح ينتصر بنصر المقت بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب إعتاق ذلك إياه فهو الغانم . وأيضا قد استدلى على أن من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم ، وليس بصحيح لأنه إن رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله إلى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور . أما عدم صحة المدعى في نفسه فلأن العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه . وأما عدم مطابقة الدليل المذكور إياه فلأن المدعى حيث وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم ، والدليل المذكور إنما يفيد عكس ذلك ، قال الدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث . وفي هذا الكتاب أيضا في باب النفقة من كتاب الطلاق ، وإن رجع ذلك الضمير إلى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لأن الغانم هو المنتصر بشخص والغانم وهو ذلك الشخص الناصر ، فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم ، إذ لا شك أن غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر ولا العكس . ثم أقول : الصواب أن مراد المصنف بقوله ولأن التناصر به فيعقله هو أن المقت بالفتح ينتصر بنصر المقت بالكسر بسبب إعتاق إياه فيعقله : أي فيعقل المقت بالكسر المقت بالفتح بناء على أن مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعامل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة إلى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني إنما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم إليه (قوله ولأن الغنم بالغرم) قال صاحب العناية : قوله ولأن الغنم بالغرم يختم الوجهين فلهذا أخره اه .

الثلاثي وهو العتق . وقوله (ولأن التناصر به) أي بسبب الإعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهما العقل والميراث . وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ، ومن ينتصر بشخص يعقله لأن الغرم بالغنم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله ، والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه ، لأن الرقيق هالك حكما ، ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك ، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان إحياء معنى ، ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث ، فكذلك الولاء ، ولأنه ثبت أنه يعقله فيرثه لأن الغنم بالغرم ، فقوله (ولأن الغنم بالغرم) يختم الوجهين فلهذا أخره (قوله وكذا المرأة تعتق) يعني أن ولاد معتقها لها لما روينا من قوله صلى الله

ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين . ويستوى فيه الإعتاق بمال وبغيره لإطلاق ما ذكرناه . قال (فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح . قال (وإذا أدى المكاتب عتق وولاه للمولى وإن عتق بعد موت المولى) لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لأن فعل الوصى بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه (وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (وولاهم له) لأنه أغتصم بالتدبير والاستيلاء (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولاه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها . وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً) لأنه عتق على معتق الأم مقصودا إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عما بما رويناه (وكذلك إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) لأنهما توأمان يتعلقان معا ، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلا وهي حبل والزواج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا ، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحمل له .

أقول : يريد بالوجهين العقل والإرث لكنه منظور فيه . أما أولا فلما ثبتنا عليه فيما رآنا من أن الدليل على أن يعقل المعتق إنما هو كون الغرم بالغرم لا كون الغنم بالغرم ، والمذكور هاهنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الأول . وأما ثانيا فلأنه جعل قول المصنف فيما قبل ولأن التناصر به فيقوله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم خيئذ واو العطف في قول المصنف ، ولأن الغنم بالغرم بالنظر إلى الوجه الأول والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه . على أننا لو جعلنا قول المصنف ولأن الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا آل المعنى إلى أنه إنما يعقله لأنه يرثه ، وإنما يرثه لأنه يعقله فأدعى إلى الدور كما لا يخفى . فالصواب عندي أن قول المصنف ولأن الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الإرث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياه معنى بإزالة الرق فكأنه قال : لأنه أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ، ولأن الغنم بالغرم فيرثه عقله يرث ماله ، كما أن قوله فيما ساقى ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما الخ معطوف على قوله لما رويناه معنى كما صرح به الشارح المزبور وغيره هناك . ونظائر هذا أكثر من أن تحصي (قوله وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها . وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً) هذا لفظ القندورى . قال المصنف في تعليقه لأنه عتق على معتق الأم مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عما بما رويناه . وقال الشراح : إنما صار الحمل معتقا مقصودا لأن المولى قصد إعتاق الأم والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا له . أقول : يرى المخالفة بين ما ذكروا هاهنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق فإنه قال هناك : وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعها لما إذ هو متصل

عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » وقوله (ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما) معطوف على قوله لما رويناه معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روى) أن بنت حمزة رضى الله عنهما أعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته ، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين . ويستوى في ثبوت الولاء الإعتاق بمال وبغيره (والعتق بقرابة أو كتابة عند الأداء أو تدبير أو استيلاء بعد الموت ، وسواء كان العتق حاصل ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (لإطلاق ما ذكرناه) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » وما ذكره من المعنى المعقول (فإن شرط أنه سائبة أى يكون حرا ولا ولاؤه بينه وبين معتقه) فالشرط باطل والولاء لمن أعتق ، لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح (قال (وإذا أدى المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح . وذكر مسألة جرّ الولاء وبين مواضع الجر عن غيره ، والأصل في ذلك أن العتق إذا وقع مقصودا على

قال (فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا فولأوه لموالى الأم) لأنه عتق تبعاً للأم لانصاله بها بعد عتقها فبقيتها في الولاء ولم يتبين بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا (فإن أعتق الأب جرّ ولاء ابنه وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) لأن العتق هاهنا في الولد يثبت تبعاً للأم ، بخلاف الأول ، وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه أنصلاة والسلام «الولاء لحمه كلحمه النسب لايباع ولا يوهب ولا يورث » ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة ، فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه ؛ كولد الملاعة ينسب إلى قوم الأم ضرورة ، فإذا أكلب الملاعن نفسه ينسب إليه ، بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا بالشك فأُسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعتق مقصودا (وفي الجامع

بها . والظاهر منه أن يصير الحمل معتقا تبعاً للبتة لا مقصودا فليتأمل في التوفيق (قوله فإن أعتق الأب جرّ ولاء ابنه وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) قال في الكافي : فإن قيل : الولاء كالنسب والنسب لا يمتثل القسح بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا يفسخ بعد ثبوته . قلنا : لا يفسخ ، ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول في الأخ إنه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه في الإرث لا يبطل تعصبيه ولكن يقدم عليه اه. وذكر في غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبي نصر . أقول : في الجواب إشكال ، وهو أنه لو لم يفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء أولى منه في الإرث لزم أن ترث موالى الأم عند انقطاع موالى الأب بعد انتقال الولاء عن مواليا إلى مواليه كما هو الحال في العصبة الأدنى عند انقطاع العصبة الأولى منه كالأخ عند عدم الابن والأب ، ولم يرو عن أحد أن يرث موالى الأم بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجرّ (قوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج النذرية : قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه : يعني إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم أعتق الأب يجرّ ولاء ابنه من موالى الأم إلى موالى نفسه ، بخلاف ما إذا ولدت الأمة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجرّ ولاء ابنه إلى موالى نفسه ، وإن كانت الولادة بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء الولد لموالى أمه ،

الولد لا ينتقل ولاءه أبدا ، وإن وقع تبعاً لأمه ثم أعتق الأب جرّ ولاء ابنه إلى مواليه ، وعلى هذا إذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاهما له ، فإن أعتق الأب بعد ذلك لا يجرّ ولاءه لأنه لما كان منفصلا عن الأم كان مملوكا لمالك الأم والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا ، وإذا أعتقت الأم وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر يوم ثم أعتق الأب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء إلى موالى الأب لأن المولى قصد إعتاق الأم ، والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها ، فإن كان الحمل ظاهرا وقت الإعتاق فواضح ، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه ، وكذا إذا ولدت أحد التوأمين لأنهما يتعلقان معا . فإن قيل : الحبل إذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولاء الولد لموالى الأب فما الفرق ؟ أجيب بأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا ، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحمل له ، وإذا أعتقها ثم ولدت لأكثر من ستة أشهر فولأوه لموالى الأم لأنها لما ولدت لذلك لم يتبين لقيام الحمل وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعاً للأم لانصاله بها بعد عتقها فبقيتها في الولاء ، فإن أعتق الأب جرّ ولاء ابنه إلى مواليه لأن الولاء بمنزلة النسب . قال صلى الله عليه وسلم «الولاء لحمه كلحمه النسب » الحديث . ثم النسب إلى الآباء فكذلك

(قوله وإذا أعتقت الأم وهي حامل) أقول : أي ظاهرة الحمل كما يشير إليه قوله : فإن كان الحمل ظاهرا وقت الإعتاق (قوله لها ولدت لذلك لم يتبين لقيام الحمل وقت الإعتاق) أقول : لا يثنى عليك ما في هذا التحليل من عدم المطابقة للمسل ، فالظاهر أن يقول :

الصغير : وإذا تزوجت معتقة بعد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالى الأم) لأنهم عتقوا تبعاً لأهمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا مولى ، فالحقوا بموالى الأم ضرورة كما في ولد الملائنة على ما ذكرنا (فإن أعتق الأب جرّ ولاد الأولاد إلى نفسه) لما بينا (ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا) لأنهم حين عقلوه كان الولاد تابنا لهم ، وإنما يثبت للأب مقصوداً لأن سببه مقصود وهو العتق ، بخلاف ولد الملائنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملائن نفسه حيث يرجعون عليه ، لأن النسب هنالك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق وكانوا مجبورين على

وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالة من الميت وإلى ما بعد الطلاق . أما إذا كان بائناً فله حرمة الوطء بعده . وأما إذا كان رجعياً فلثلاً يصير مراجعاً بالشك فأُسند إلى حالة النكاح فكان الحمل موجوداً عند إعتاق الأم فعتق مقصوداً فلا ينتقل انتهى . وأدّى صاحب العناية أيضاً هذا المعنى ولكن بطريق النقض ، والجواب حيث قال : ونقض قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاد إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجماعت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب . والجواب أن العود إليه بعد الأهلية ، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت وهو ظاهر ، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء ، وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعاً بالشك ، لأنها إذا جماعت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجوداً عند الطلاق فلاحاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب ، واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباتها لثبوت النسب ، وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك أسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً ، ومن عتق مقصوداً لا ينتقل ولأوله كما تقدم انتهى كلامه . أقول : مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق الخ مبتغياً بقوله فإذا صار أهلاً عاد الولاد إليه ، لكنه عمل بحث ، فإن العود إنما يتصور فيها إذا ثبت الولاد أولاً لموالى الأم ثم انتقل إلى موالى الأب بصيرورته أهلاً ، وهذا إنما يتحقق فيها إذا تقدم عتق الأم على عتق الأب ، ولا يحنى أن عتق الأب مقدم على عتق الأم في صورة إن عتقت المعتدة عن موت ، إذ لا مجال لإحداث العتق في الميت فلا يتصور في هاتيك الصورة العود أصلاً فلا يتوهم بها النقض رأساً على قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاد إليه فلا يحتاج إلى دفعه بقوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت ، وبالحملة لا مساس لتلك الصورة أصلاً بمسئلة انتقال الولاد بالجرّ بخلاف الصورة الثانية وهى ما إذا أعتقت المعتدة عن طلاق فإنه يجوز هناك أن يقع عتق الأب بعد عتق الأم فتصير مظنة النقض بها على مسئلة جرّ الولاد فيحسن تدارك دفعه . فإن قلت : قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الأولى أيضاً بما نحن فيه حيث قال في تصويرها : بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فات عن وفاء فأدّى إلى تأخر عتق الأب عن عتق الأم . قلت : لا يتيسر التأخر فيها قاله أيضاً ، إذ قد مر في كتاب المكاتب أن في المكاتب الذى مات عن وفاء قولين عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق في آخر

الولاد ، والنسبة إلى موالى الأم كانت ضرورة عدم أهلية الأب لرقه ، فإذا صار أهلاً عاد الولاد إليه ، كما أن ولد الملائنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة ، فإذا أكذب الملائن نفسه عاد انتساب الولاد إليه . ونقض قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاد إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجماعت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب . والجواب أن العود إليه بعد الأهلية ، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت ، وهو ظاهر ، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعاً بالشك ، لأنها إذا جماعت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجوداً

فولاده لموالى الأم تبعاً حتى تحصل المطابقة (قوله ونقض قوله فإذا صار الخ) أقول : : الظاهر أن النقض على قوله إذا لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإحتقاق يمتنع الحمل تبعاً ويحرم الأب ولأوله ، فإنه إذا جماعت به لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فأصل .

ذلك فيرجعون . قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله . وقال أبو يوسف : حكمه حكم أبيه ، لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا ، بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك معنى .

جزء من أجزاء حياته ، فعلى هذا يتعين تقدم عتق الأب على عتق الأم فيما صورته أيضا . وثانيهما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد الموت وذلك بأن ينزل حيا تقديرا في حق الأداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين ، فعلى هذا أن اللازم في صورته أيضا اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته الممتدة عن موته حتى يتأخر عتقها عن عتقها ، اللهم إلا أن يفرض تحقق الأداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما أعتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الأداء بعد الموت على مذهب البعض فتأمل (قوله بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك معنى) لأنه لا يملك شيئا ، ولأن الرق أثر الكفر والكفر موت . حكى ، قال الله تعالى - أَرَأَيْتُمْ إِنْ كَانَتْ مَيِّتَةً فَأَحْيَاهَا - أَيْ كَافِرًا فَهَيَّيْنَاهَا ، فصار هذا الولد كأنه لا أب له فينسب إلى موالى الأم ضرورة ، كذا في الشروح . أقول : هاهنا شيء وهو أنه إن كان المراد بكون العبد هالكا معنى أنه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لأن الرق من أثر الكفر ، والكفر موت حكى يرد عليه أن مجرد موت الأب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه ، بل إنما يظهر أثر الولاء لم بعد موته ، إذ عند حياته هو مقدم عليهم ، وإن كان المراد بذلك أنه في حكم مجهول الأبوة وأن ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كأنه لا أب له يتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتمى إليه بأبيه العبد من الإقارب الأحرار كالأجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبدا لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المذكور ، والظاهر أن الأمر ليس كذلك إذ قد تقرر في كتب الفرائض أن المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقبي لا يحجب من هو أبعد منه عند امتناع جميعا ، بل يرث الأب بعد عند حرمان الأقرب ، فالأولى هاهنا أن يقال بخلاف ما إذا كان الأب عبدا

عند الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب ، واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباتها لثبوت النسب ، وإذا تعلل لإضافته إلى ما بعد ذلك أسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعناق فعتق مقصودا ، ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ، ويتبين من هذا أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الأولى المتعين بوجود الولد عند الموت والطلاق . وأما إذا جاءت به لأكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ، ففي البائن مثل ما كان ، وأما في الرجعي فولاء الولد لمولى الأب ليتقنا بمراجعته . وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعة وكلامه فيه واضح . قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقة العرب فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأموالهم لم لا تلوى أرحامه ، حتى لو ترك هذا الولد عمة أو أخالة لم يكن لهما شيء في وجود معتق الأم وعصبته . وعند أبي يوسف رحمه الله حكم أبيه فلا يكون عليه ولاه عتاقه وإنما يورث ماله بين ذوى أرحامه ، كما إذا كان الأب عربيا والأم معتقة فإنه لا يكون ولاؤه لموالى أمه لأن النسب إلى الآباء . فإن قيل : لما كان النسب إلى الآباء وجب أن يستوى الأب الحر والعبد وليس كذلك . أجاب بأن العبد هالك معنى لأنه لا يملك شيئا ولأنه أثر الكفر والكفر موت حكى ، قال الله تعالى - أَوَمِنْ كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ - فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا أب له فينسب إلى موالى الأم ، وهذا المعنى معلوم إذا كان الأب حرا لأن الحرية حياة باعتبار صفة المالكية ، والعرب والعجم فيه سواء . ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب . ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه أن الناس يتضارعون بالكفاءة ويعتبرونها في الكفاءة ، فمن له أب واحد في الحرية لا يكون كفوًا لمن له أبوان فيها ، والنسب ليس كذلك فإن العجم قبل الإسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد في الإمارة كفوًا لمن له أبوان في ذلك .

(قوله لا تلوى أرحامه) أقول : الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولأنه أثر الكفر) أقول : يعني الرق (قوله حتى اعتبرت ، إلى قوله : والنسب ليس كذلك) أقول : فيه بحث .

ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفارة فيه ، والسلب في حق العجم ضعيف فلأنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفارة فيما بينهم بالنسب ، والقوى لا يعارضه الضعيف ، بخلاف ما إذا كان الأب عربيا لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفارة والعقل ، كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء . قال رضى الله عنه : الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا (وفى الجامع الصغير : بنطى كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم البنطى ووالى رجلا ثم ولدت أولادا . قال أبو حنيفة ومحمد : مواليهم موالى أمهم ، وقال أبو يوسف : مواليهم موالى أبيهم) لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية . ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ ، وولاء العتاقة لا يقبله ، والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى ، وإن كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا ، والرجح لجانبه لشبهه بالنسب أو لأن النصرة به أكثر : قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى اشترى عبدا فأعتقه « هو أخوك ومولاك ، إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له ، ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصيته »

لأنه لا أهلية له لرقه كما مر ، فإلى تحصل الأهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا للموالاة سواء كان حيا أو ميتا تدبر (قوله ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفارة فيه والنسب في حق العجم ضعيف ، فلأنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفارة فيما بينهم بالنسب ، والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول : لقاتل أن يقول : ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يكون موالى الأم في هذه الصورة مقدمين في الإرث على العصبات النسبية لأولادها ، بل على أصحاب الفرائض لهم ، إذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبة وأصحاب الفرائض بالقرابة النسبية ، وإذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح

قال المصنف رحمه الله (الخلاف في مطلق المعتقة) وإنما قال ذلك لأن محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ، حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك ، فكان وضع القدرى في معتقة العرب اتفاقا ، وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان أن محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ولا يشأه على ولاء الموالاة ، وذلك واضح في الكتاب (قوله كالمولود بين واحد من الموالى) يعنى العجم ، فإن العجمي إذا تزوج بعربية فولدت أولادا فلها نسب إلى قوم أبيهم ، فكذا إذا كانت معتقة لأن النسبة إلى الأم ضعيفة . وقوله (وإن كان الأبوان) أى الوالدان (معتقين) راجع إلى أول الخلاف : يعنى إن كانت الأم معتقة والأب والى رجلا ففيه الخلاف . وأما إذا كان الوالدان معتقين (فقد أجمعوا أن (النسب) إلى قوم الأب لاستوائهما والرجح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمه كلحمه النسب » وفى حقيقة النسب يضاف الولد إلى الأب في الشرف والدعاة ، فكذلك في الولاء ، ولأن النصرة به : أى بالأب أكثر . قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الإنسان عسبة ، ومنه قولهم الذكري عصب الأثني (وهو) أى مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذى اشترى عبدا فأعتقه « هو أخوك ومولاك ، إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له ، ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصيته ») قوله هو أخوك : يعنى في الدين ، وقوله إن شكرك : يعنى إن شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لأنه انتدب إلى ما ندب إليه ، وشر لك لأنه أوصل إليك بعض الثواب في الدنيا فتنقص بقلده من ثواب الآخرة ، وإن كفرك فهو خير لك لأنه يبق لك ثواب العمل كله في الآخرة ، وشر له لأنه كفر النعمة . وقوله كنت أنت عصيته يدل على

(قوله وإنما قال ذلك) أقول : يعنى وإنما قال المصنف ذلك (قوله التعصيب هو جعل الإنسان عسبة الخ) أقول : والظاهر أن المصدر هنا يعنى القاتل .

« وورث ابنة حمزة رضى الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث » وإذ كان عصبة تقدم على ذوى الأرحام وهو المروى عن علي رضى الله عنه (فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق ، لأن المعتق آخر العصباء ، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام « ولم يترك وارثا » قالوا : المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثانى فتأخر عن العصبة دون ذوى الأرحام . قال (فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وإن لم يكن له عصبة من النسب فيراثه للمعتق) تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال ، أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبة على ما روينا ، وهذا لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالى الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقى (فإن مات المولى ثم مات المعتق فيراثه لبنى المولى دون بناته ، وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتقن من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفى آخره « أو جرّ ولاء معتقهن » وصورة الجرّ قدمناها ، ولأن ثبوت المالكية والقوة فى العتق من جهتها فينسب بالولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها ، بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه

أن يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم فى الإرث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة أو جهة الفرض موالى العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب فى حق العجم ، مع أن المسئلة فى الإرث ليست كذلك ، إذ قد تقرر

أن المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضى الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث) هى بنت الميت ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة ، والعصبة هو الذى يأخذ ما أيقنت الفرائض (وإذا كان عصبة تقدم على ذوى الأرحام وهو المروى عن علي رضى الله عنه ، فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لأن المعتق آخر العصباء على ما قالوا إن المراد بقوله ولم يترك عصبة وارث عصبة استدلالا بإشارة الحديث كما قلنا فى بيان قوله كنت أنت عصبتى ، وبالحديث الثانى : أى يحدث بنت حمزة فتأخر عن العصبة دون ذوى الأرحام (وإن لم يكن له) أى للمعتق (عصبة من النسب فيراثه للمعتق ، تأويله) أى تأويل قول القدورى (إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال ، أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه) وذكروا لهذه الجملة تأويلين : أحدهما أن معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالأب والجد فإن لمهما حالا سوى حال الفرض وهى العصوبة ، أما إذا كان فله : أى فلمثل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شيء . والثانى أن معناه ذو حال واحد كالبنت ، أما إذا كان مثل ذلك فلمعتق الباقي بعد فرضه ذلك الوارث . قال صاحب النهاية : والثانى أوجه لأنه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله (لأنه عصبة على ما روينا) وهو إشارة إلى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبتى وهو واضح . وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لأنه عصبة : يعنى إما كان عصبة (لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة) أى القليلة . وتقريره العصبة من يكون انتصار القليلة به ، وبالمولى يكون الانتصار على ما مر فى أول كتاب الولاء . وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء ، وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه ، وقوله (والعصبة تأخذ ما بقى) تمام الدليل ، وتقريره فله الباقي لأنه عصبة والعصبة تأخذ الباقي (فإن مات المولى ثم مات المعتق فيراثه لبنى المولى دون بناته) لما ذكره فى الكتاب ، وقوله (قلمنها) إشارة إلى قوله فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ، إلى أن قال : جرّ الأب ولاء ابنته ، وقد ذكر جرّ المعتق ومعتق المعتق فى النهاية لاقلا من الذخيرة فليطلب ثمة (قوله ولأن ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء بمن أعتق أو أعتق من أعتق . وتقريره ثبوت المالكية والقوة فى العتق من جهة المعتقة وهو ظاهر ، وكل من ثبت من جهته شيء ينسب إليه لأنه عليه إذ ذاك ثبوت المالكية ينسب إليها بالولاء وينسب إليها من ينسب إلى مولاها ، لأن معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء ،

(قوله وكل من يثبت من جهته شيء ينسب إليه لأنه عليه) أقول المستتر فى قوله ينسب راجع إلى قوله شيء ، والتفسير فى قوله إليه

الفراش ، وصاحب الفراش إنما هو الزوج ، والمرأة مملوكة لمالكة ، وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لا يورث ويخلقه فيه من تكون النصرة به ، حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد لأنه أقربهما عصوبة ، وكذلك الولاء للجدّ دون الأخ عند أبي حنيفة لأنه أقرب في العصوبة عنده . وكذا الولاء لابن المعتق حتى يرثه دون أخيه لما ذكرنا ، إلا أن عقل جنابة المعتق على أخيه لأنه من قوم أبيها وجنابته كجنابتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) . معناه بنى ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بنى الابن لأن الولاء للكبر) هو المروى عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عمر وعلى وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين ، ومعناه القرب على ما قالوا ، والصلي أقرب .

في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب أيضا أنموال العتاقة مطلقا مؤخرون في الإرث عن أصحاب الفرائض وعن العصباء النسبية ، وإنما يقدمون على ذوى الأرحام فليأمل في التوجيه .

وفي ذلك لافرق بين الرجل والمرأة ، بخلاف النسب فإنه لا يثبت إلا من الآباء ، لأن سبب النسبة في الفراش ، والفراش إنما هو للزوج لأنه المالك والمرأة مملوكة ، وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لا يورث حتى يكون لأصحاب القروض منه نصيب ، وإنما الولاء باعتبار النصرة فيخلقه فيه من تكون به النصرة ، والنصرة بالذكور دون الإناث ، حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وصورته : امرأة أعقت عبدا ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فإرثه للابن خاصة عندهما ، وهو قول أبي يوسف أولا ، ثم راجع فقال : لأبيها السلس والباقي للابن ، لأن الأبوة تستحق بها كالبثوة ، لأن الولاء يستحق بالعصوبة والأب عصبة عند علم الابن ، ووجود الابن لا يوجب حرمان الأب ولهذا لم يصرح وما عند ميراثها فكذا عن ميراث معتقها . ولما أن أقرب العصباء يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الأب ، واستحقاق الأب السلس منها بالفرضة دون العصوبة وكذا لو ترك جدّ مولاة أبا أبيه وأخاه لأب وأم أولاب كان ميراثه للجدّ عند أبي حنيفة رضى الله عنه لأنه لا يورث الإخوة والأخوات ، فالجدّ عنده أقرب في العصوبة . ولو أن امرأة أعقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنا وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالعيراث لابنها دون أخيها لما ذكرنا أن الابن أقرب في العصوبة إلا أن عقل جنابة المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنابته كجنابتها على قوم أبيها فكل ذلك جنابة معتقها وابنها ليس من قوم أبيها . ولو ترك المولى ابنا وبنى ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بنى الابن ، لأن الولاء للكبر هو المروى عن عدة من الصحابة عمر وعلى وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا ، ألا ترى أن المعتق إذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوئهما في القرب إلى الميت من حيث التسبب والصلي أقرب فيستحق الجميع .

وفي قوله لأنه راجعان إلى من والضمير في قوله عليه راجع إلى قوله شيء (قوله وصورته امرأة أعقت عبدا) أقول : وكذا الجواب في رجل أعقت عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبة فون الأب) أقول : فضلا عن أن يكون أقرب المصبات (قوله لأنه لا يورث الإخوة والأخوات) أقول : يبنى مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعقت الخ) أقول : أو رجلا أعقت عبدا (قوله لأنه من قوم أبيها) أقول : ضمير لأنه راجع إلى المعتق على صفة المفعول .

(فصل في ولاء الموالاة)

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاة ، فإن مات ولا وارث له غيره فيراثه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله : الموالاة ليس بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال وإنما يصح في الثلث . ولنا قوله تعالى « والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم » والآية في الموالاة . وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال : هو أحق الناس به بحياه ومماته ، وهذا يشير إلى العقل والإرث في الحالتين هاتين ، ولأن ماله حقه فيصرفه إلى

(فصل في ولاء الموالاة)

آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة قوى لأنه غير قابل للتحويل والانتقال في جميع الأحوال ، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ، ولأنه يوجد في ولاء العتاقة الإحياء الحكى ولا يوجد في ولاء الموالاة إحياء أصلا ، ولأن ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للإرث وأنه مقدم على ذوى الأرحام ، بخلاف ولاء الموالاة فإن الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال : لا ولاء إلا ولاء العتاقة ، وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد ، ثم إن معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء . وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في النخبة وغيره هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أني إن مت فيراثي لك ، وإن جنيت فعقل عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه ، قال في العناية والنهاية : وله ثلاث شرائط : إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره ، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع . والثانية أن لا يكون

(فصل في ولاء الموالاة)

آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى ، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ، ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا . وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له أو لغيره واليتك على أني إن مت فيراثي لك ، وإذا جنيت فعقل عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه . وله ثلاث شرائط : إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره ، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع . والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه . والثالثة أن لا يكون عربيا . فإن قيل : من شرط العقد عقل الأعلى وحرية فإن موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا ؟ أجيب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور . وأما ما ذكرت فلأنما هو نادر فلم يذكره ، وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى إذا جنى الأسفل ، واستحقاق ميراثه

(فصل في ولاء الموالاة)

(قوله وله ثلاث شرائط إحداها الخ) أقول : سرحوا بأن لابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بموالاته إلى غير مولى الأب إذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافقه (قوله والثالثة أن لا يكون عربيا) أقول : فيه بحث ، فإن الشرط الأول يخفى عن هذا (قوله فإن قيل : من شرط العقد عقل الأعلى وحرية) أقول : فيه بحث ، فإن العقل والحرية أيضا يحتاج إليهما في كل واحدة من الصور أو إذن الولي والمولى (قوله فإن موالاة الصبي والعبد باطلة) أقول : أما الصبي فثلاثة ليس من أهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة . وأما العبد فهو أيضا لا يملك الترام النصرة إلا بإذن مولاة (قوله فإن موالاة الصبي الخ) أقول : قال الحاكم في الكافي : وموالاة الصبي باطلة ، وكذا إن والى رجل عبدا إلا أن يكون ذلك بإذن المولى فيكون مولى له ، أو يوالى الصبي بإذن الأب أو الوصي فيكون مولى للصبي أم (قوله أجب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة الخ) أقول : فيه بحث .

حيث شاء ، والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا أنه مستحق . قال (وإن كان له وارث فهو أولى منه ، وإن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الأرحام) لأن الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما ، وذو الرحم وارث ، ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب لأنه بالالتزام وهو بالشرط . ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لأن تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة . قال (والمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره

له ولاء عتاقه ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه . والثالثة أن لا يكون عربيا انتهى . أقول : فيه كلام . أما أولا فلأن الشريعة الأولى تنهى عن الشريعة الثالثة ، إذ لا جهالة في نسب العرب فيظهر بأشراط كون المولى مجهول النسب اشترط أن لا يكون عربيا ، إلا أن يكون ذكر الثالثة استقلا من قبيل التصريح بما علم التزاما . وأما ثانيا فلأنه إن أريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس بصحيح ، إذ من شرائطه أيضا شرط الإرث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال : ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضا حيث قال : وإنما يصح ولاء الموالاة بشرائط : منها أن يشترط الميراث والعقل ، وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال : وله شرائط ، وعدت منها أن يشترط الإرث والعقل ، وإن لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ، ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما استعرفهما وجه لأن مدارهما على إرادة الحصر ولا ينتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلا . وقال في العناية : فإن قيل : من شرط العقد عقل الأعلى وحرية فإن موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا . أجب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور ، وأما ما ذكرت فإنا ما نادر فلم يذكره . أقول : في هذا الجواب خلل ، فإن كل واحد من عقل الأعلى وحرية أيضا من الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من صور الموالاة ، إذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور ، إذ لا يتصور الإيجاب والقبول بدون العقل ، وكلما لا يجوز موالاة العبد أصلا بغیر إذن موله وإن أذن له موله في القبول كان عقده مقعده موله فيكون الولاية للمولى ، نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ما ذكرت فإنا ما نادر فلم يذكره . ثم إن في تقرير السؤال أيضا خلافا ، فإن تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى بما لا وجه له ، لأن عقل الأسفل أيضا شرط العقد ، إذ لا يتصور الإيجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدون عقله ، وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال : وأما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدین ، إذ لا صحة للإيجاب والقبول بدون العقل انتهى . وكذا تقييد الحرية بالإضافة إلى ضمير الأعلى في قوله وحرية بما لا وجه له ، إذ حرية الأسفل أيضا شرط بل هي أظهر اشترطا من حرية الأعلى لأنه لا يجوز لإيجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له موله في ذلك ، ويجوز قبوله إياه بإذن موله ويصير الولاء لموله كما صرحوا به ، وأيضا لوجه ترك ذكر البلوغ في أثناء تقرير السؤال فإنه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية ، نص عليه في المبسوط والبدائع مع أن قوله فإن موالاة الصبي في قوله فإن موالاة الصبي والعبد باطلة أوفق بأشراط البلوغ من اشترط العقل ، فإن الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب) أشار به إلى ما ذكره القنورى في مختصره بقوله : وإذا أسلم الرجل على يد رجل والواله على أن يرثه ويعقل عنه ، وقد مر من قبل . واعترض صاحب غاية

إذ مات عن غير وارث ، وكلامه في الفصل واضح لاحتياج إلى تفسير ، خلا قوله (وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كان من ذوى الأرحام) فإنه أورد عليه بأنه ينبغي أن يكون الثلث للمولى كما لو أوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف . وأجيب بأنه جمعه بعقد الولاء وراثته ، وفي سبب الوراثه ذو القرابة أرجح لأن القرابة متفق على ثبوتها شرعا وإن اختلفوا في كونها

(قال المصنف : ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب) أقول : أشار به إلى ما ذكره القنورى قبل هذا ، وإذا أسلم الرجل على يد رجل والواله على أن يرثه ويعقل عنه . واعترض الإقنافي على وجوب اشتراطها في صحة العقد ، ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه (قوله لأن القرابة متفق الخ) أقول : بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة ووجوب النفقة في مثل العمة والخالة وغيرهما

ما لم يعقل عنه) لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية ، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولاته لعدم اللزوم . إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا ، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر

البیان علی وجوب اشتراط الإرث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال : قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي : قال إبراهيم النخعي : إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فإنه يرثه ويعقل عنه ، وله أن يتحوك بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه ، فإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحوك إلى غيره . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، هذا لفظ الكافي بعينه . وهذا يدل على أن شرط الإرث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت ، لأن الحاكم لم يذكر الإرث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لما بعد صحتها فافهم . ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره : أو أسلم على يد غيره ووالاه . يوضحه قول صاحب التحفة : وتفسير عقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاي ترثني إذا مت وتعلق عني إذا جئت وقال الآخر قبلت فينقذ بينهما عقد الموالاة ، وكذلك إذا قال واليتك والآخر قبلت ، وكذا إذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يده ، إلى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية . أقول : لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الإرث والعقل في صحة عقد الموالاة . أما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلائذ يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح بأشراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشراطهما ، فيكون قوله ووالاه في قوله إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة ، وجعل نفس الإرث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرط لصحة العقد كما لا يخفى . وأما قول القدوري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلائذ لا شك أن مراد القدوري بقوله ذلك إنما هو بيان أن الإسلام على يده ليس بشرط فيها . وأما قول صاحب التحفة : فلأن محل توهم عدم اشتراط الإرث والعقل إنما هو قوله وكذلك إذا قال واليتك والآخر قبلت ، ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك إذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاي فقط لا يدل مجموع قوله أنت مولاي ترثني إذا مت وتعلق عني إذا جئت فلا دلالة على عدم اشراطهما . وبالجمله إن عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشراط ذلك ، إذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانه إياه على الاستقلال ، ألا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ، ككون المولى مجهول النسب ، وكونه غيره معتنق ، وكونه غير عربي وغير ذلك ، مع أنهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر ، وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان تقدم من مال الموكل

سببا للإرث ، وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا ، ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال ، بخلاف الوصية بالثلث فلها خلافة في المال مقصودا ، فلا يمكن جعل الثلث له إلا بطريق الوصية ، لأنه ما أوجب له ذلك مقصودا ، ولا بطريق الإرث لترجح استحقاق القريب عليه . وخلا قوله (إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل) فإنه أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر ، وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان تقدم من مال الموكل على مامر في الوكالة فامعنى اشتراط توقف الفسخ هاهنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل . وأجيب بأن سبب الاشتراط هاهنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فإن العقد كان بينهما ، وفي تفرده أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه ، وإلزام شيء على الآخر من غير علمه به نفسه

(قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول : بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فلها خلافة في المال الخ) أقول : الظاهر أن يقال استغلات بدل قوله خلافة قوله وخلا قوله إلا أنه الخ) أقول : معطوف على قوله خلا في قوله وكلامه في الفصل واضح لإحتياج إلى تفسير ، خلا قوله وإن كان له وارث .

من لأول لأنه فسخ حكى بمنزلة العزل الحكى في الوكالة . قال (وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره) لأنه تعلق به حق الغير ، ولأنه قضى به القاضي ، ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة ، وكذا لا يتحول ولده ، وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأبهم في حق الولاء كشخص واحد . قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لأنه لازم ، ومع بقاءه لا يظهر الأدنى .

على ما مر في الوكالة ، فامعنى اشتراط توقف الفسخ هاهنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل . وأجيب عنه بوجهين : أحدهما أن سبب الاشتراط هاهنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر ، فإن العقد كان بينهما ، وفي تفرد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه ، ونفس إلزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لاعامة ، لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلاعقد ، وفيه إبطال فعله فلا يجوز بدون العلم ، كذا في الشروح . وقال في النهاية : وهذا الوجه هو الذى اختاره في الميسوط ، وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره أيضا . أقول : هذا الوجه محل الكلام ، فإن كون نفس إلزام الفسخ على الآخر ضررا أمر ظاهر لما ذكر من أن فيه إبطال فعل العاقل البالغ ، وأما منخلية عدم علم الآخر بذلك الإلزام في كونه ضررا فغير ظاهر ، إذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق إبطال فعل الآخر في صورة العلم أيضا بالضرورة : والظاهر أن علم الإنسان بالأمر الذى يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدى شيئا ، فإذا لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ هاهنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه ، اللهم إلا أن يقال : دفع الضرر وإن لم يتعين هاهنا كما تعين في صورة العزل عن الوكالة إلا أنه مما يحتمل بإرضاء الآخر بالبر والخيابة ، ولكن فيه ما فيه فتأمل . وثانيهما أن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن إضرارا بصاحبه . أما إذا كان الفسخ من الأسفل فلائه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى أن ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه . وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلائن الأسفل ربما يعتق عبدا على حساب أن عقل عبده على مولاه ، ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر . كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة . أقول : هذا الوجه في الجواب هو الصواب ، لأن حاصله أن الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاعتراض ، وفي الإعلام دفع ذلك فلا بد منه . ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله لأنه فسخ حكى بمنزلة العزل الحكى في الوكالة) قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة بطلان العقد الأول ؟ قلنا : إن الولاء كالنسب ، والنسب مادام ثابتا من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء ، ففرقتا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول ، كذا في عامة الشروح والكافي ، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى الميسوط . أقول : في الجواب بحث من وجهين : الأول أن قولهم والنسب مادام ثابتا من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع ، فإنه إذا كانت الأمة بين شريكين فجاءت بولد فلدنيه ثبت نسبهما عندنا كما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق مدللا ومشروحا . والثاني أن قياس الولاء على النسب يقتضى أن لا يصبح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الأول إذ النسب لا يتصور ثبوته من إنسان بعد ثبوته من آخر ، فينبغي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس ، فمن أين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الأول .

ضرر لاعامة ، لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلاعقد : وفيه إبطال فعله بدون علمه ، وخلا قوله (لأنه فسخ حكى بمنزلة العزل الحكى في الوكالة) فإن عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح وحكما يصح ، كما لو أعتق العبد الذى وكله ببيعه ، فإنه أورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الأول . وأجيب بأن الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء ، ففرقتا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول ، ذكر ذلك كله في النهاية ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(قوله وخلا قوله لأنه فسخ حكى) أقول : وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلا فيما سبق .

(كتاب الإكراه)

قال (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطانا كان أو لصا)

ثم أقول : يمكن أن يجاب عن الأول بأن المراد أن القسب مادام ثابتا من إنسان أولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا ، وثبوت نسب ولد الأمة المشتركة بين رجلين منهما إنما هو فيما ادعيها معا . وأما إذا ادعاه أحدهما أولا والآخر ثانيا فلإنما يثبت نسبه من الأول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاء من كتاب العتاق . وعن الثاني بأن القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة إذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما إلى الآخر فإنه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل ، والله الموفق .

(كتاب الإكراه)

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب ، وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لاق إيراد الإكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل ، فإن ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعد موته إلى حله بالإرث . فكذلك الإكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكروه من حرمة المباشرة إلى حلها في عامة المواضع . ثم إن الإكراه في اللغة عبارة عن حل الإنسان على شيء يكرهه ، يقال أكرهت فلانا إكراها : أى حملته على أمر يكرهه . وأما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في الميسوط أن الإكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فيفتنى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن يتعدى به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب ، فإن المكروه مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ، ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر وإباحة ورخصة ، ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب .

(كتاب الإكراه)

قيل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة أكل مال المولى الأسفل بعد موته إلى حكمه ، كما أن الإكراه يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل فكان مناسباً أن يذكر الإكراه عقيب الموالاة . وهو في اللغة عبارة عن حل الإنسان على شيء يكرهه ، يقال أكرهت فلانا : أى حملته على أمر يكرهه . وفي اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعل المرء بغيره فيفتنى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته . وتفسيره أن يجعل المرء غيره على المباشرة حلا يفتنى به رضاه . وهو أعم من أن يكون مع ضداد اختيار أو مع عدمه ، وهو إشارة إلى نوعي الإكراه أو يفسد به اختياره ، وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر ، لكن لابد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه .

(كتاب الإكراه)

(قوله وتفسيره أن يجعل المرء غيره على المباشرة) أقول : فيكون في قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفي عدم الرضا) أقول : فيه مالا يخفى إلا أن يقال : الاستلزام بملاحظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله يفتنى به رضاه ، إذ لولا لم تصح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لابد من تقدير «لا في أو يفسد به اختياره») أقول : لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخففاه القرينة على تقدير لا ، والظاهر أن المراد

لأن الإكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته ، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعد به ، وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة ، والذي قاله أبو حنيفة إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنفعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة . فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ، ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقيق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به ، وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعل ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل . قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقرّ لرجل بألف أو يوافق داره فأكرهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه

وذكر في الإيضاح أن الإكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى فيصير به مدفوعا إلى الفعل الذي طلب منه . وذكر في الرواق أنه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدهد بمكرهه على أمر بحيث ينتفي به الرضا ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . وقال في النهاية : ولك أن تختار من هذه الثلاث أيها شئت . قلت : وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى ، وسيجيء ما يتعلق بتفسيرها . وأما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب أثناء المسائل (قوله لأن الإكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره) قال صاحب العناية : وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حلا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه ، وهو إشارة إلى نوعي الإكراه ويفسد به اختياره ، وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر ، لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره ، فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضع أصول الفقه اه كلامه . أقول : قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب ، وسلك مسلكا لا يرتضيه أحد من ذوى الألباب ، وإن شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام : فاعلم أن الشائع المذكور في عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الإكراه نوعان : نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، وذلك بأن يكون يقتل أو يقطع عضو وهو الإكراه

وقوله (مع بقاء أهليته) إشارة إلى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية ، وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكره مخاطبا . وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب . قال (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به) شرط الإكراه حصوله من قادر على إيقاع ما توعد به (سلطانا كان أو لصا) وخوف المكره وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعل ليصير بالإكراه محمولا على ما دعى إليه من المباشرة ، فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجيء مفصلا ، ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص (لأن تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به ، ولا يخاف إلا إذا كان المكره قادرا على ذلك ، والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان ، لما أن المنفعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ، فقد قال المشايخ رحمهم الله : هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، لأن مناط الحكم القدرة ولم تكن في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان ، فإذا أكرهه على بيع ماله أو شراء سلعة أو الإقرار بماله أو إجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس) فهو إكراه يترتب عليه الحكم ، فإن فعل ما دعى إليه ثم زال الإكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسح ، لأن من شرط صحة هذه

من قوله ينتفي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون ضد الاختيار بقرينة المقابلة ، وإنما لم يتعرض لقسم الثالث مثل الإكراه بضرب سوط أو حبس يوم على ما يجيء لعدم رتب أحكام الإكراه عليه (قال المصنف : فينتفي به رضاه) أقول : فقط دون أن يفسد به اختياره ، فإنه إذا قوبل الخاسر بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاسر (قال المصنف : والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان) أقول : الفتوى في تحقق الإكراه من غير السلطان على قولها .

المعقود الراضى ، قال الله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم -

الملجئ* . ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ، وذلك بأن يكون يضرب أو يقيد أو يجبس وهو الإكراه الغير الملجئ* ، وكل منهما لا ينافي الأهلية ولا الخطاب . وأما فخر الإسلام البردوى فقال في أصوله : الإكراه ثلاثة أنواع : نوع يعدم الرضا وفسد الاختيار وهو الملجئ* . ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذى لا يلجئ* ، ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يجبس أيه أولاده أو ما يجرى مجراه . والإكراه بمجملته لا ينافي أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اهـ . وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول فخر الإسلام : الإكراه حل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه . ويدخل في هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب . قال شمس الأئمة : هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتج به رضاه أو يفسد به اختياره ، ولم يدخل فيه القسم الثالث الذى ذكر في الكتاب ، وكأنه لم يجعله من أقسام الإكراه لعدم ترتب أحكامه عليه ، إلى هنا كلام صاحب الكشف . إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره المصنف هاهنا من معنى الإكراه وما ذكره شمس الأئمة في المبسوط بعينه ، وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكورة في أصول فخر الإسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية ، وإنما هو داخل في معنى الإكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف ، وهو أن وجه عدم إدخال ذلك القسم في معنى الإكراه شرعا عدم ترتب أحكام الإكراه عليه ، فإن الإكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه ، وانكشف عندك أيضا ستر ما وقع في عامة الكتب من تنويع الإكراه إلى نوعين فقط ، فإن المقصود بالبيان في الكتب الشرعية أحوال الإكراه الذى يترتب عليه الحكم الشرعى . ثم إن ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف هاهنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت غير صحيح في نفسه . أما أولا فلأنه جعل قول المصنف فينتج به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع علمه مع أن مقابلة قوله أو يفسد به رضاه لا تنمعه قطعا . وأما ثانيا فلأنه قال : إن قول المصنف أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا ، ولا معنى له لأنه إن أراد أنه بحسب ظاهره : أى بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا ، لأن فساد الاختيار إنما يستلزم عدم الرضا لأننى عدمه وهو ثبوت الرضا ، وإن أراد أنه إذا أخرج عن ظاهره بتقديره لا كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك أيضا ، إذ بتقديره لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه ، ولا شك أن صحة الاختيار لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما في النوع الغير الملجئ* من نوعي الإكراه على ما مر . وأما ثالثا فلأنه قال وهو إشارة إلى القسم الآخر . لكن لابد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره ، وهو أيضا مختل لأن هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سببا في مقام التعريف لا يجدى ما ذكره من كون مقصود المصنف الإشارة إلى الأنواع الثلاثة للإكراه ، لأن نفي فساد الاختيار إنما يفيد صحة الاختيار وهى لا تقتضى الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضا كما عرفت آنفا فلا تحصل الإشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على نقد بركلمة ولاه فيه إلى القسم الثالث من الإكراه لصدقه على القسم الثانى من النوعين الأولين كما ترى ، اللهم إلا أن يقال : نفي فساد الاختيار في مقابلة انقضاء الرضا يدل على بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثانى من النوعين الأولين ، لكن لا يفتى على ذى مسكة أن المعنى الذى نسب الشارح المزبور هاهنا إلى المصنف كان يحصل بأن يقول يدل قوله أو يفسد به اختياره أولا بمعنى أو لا يفتى به رضاه ، فهل يجوز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الأقصر الخالى عن التحلات بأسرها لو أراد إفادة ذلك المعنى الذى نسب الشارح المزبور إليه ويضار هذا الأطول المشتمل على تحولات كثيرة في إفادة ذلك المعنى ، ولعمري إن رتبة المصنف بعزل عن مثل ذلك فخالق أن راده بقوله فينتج به رضاه أن يفتى به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله أو يفسد به

المعقود الراضى ، قال الله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم -

(١) (قوله أو يفسد به رضاه) كذا في النسخ إلى بأيدينا ، وصوابه (أو يفسد به اختياره) اهـ مصححه .

والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا فيفسد ، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستصربه لفوات الرضا ، وكذا الإقرار حجة ترجح جنبه الصلح فيه على جنبه الكذب ، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ؛ ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا ، وعند زفر لا يثبت لأنه يبيع موقوف على الإجازة ؛ ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك . ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى عمله

اختياره فإن العام إذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى - حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى - فكان قوله فينتي به رضاه إشارة إلى أحد نوعي الإكراه وهو غير الملجئ ، وقوله أو يفسد به اختياره إشارة إلى النوع الآخر منهما وهو الملجئ . فانتظم كلامه من غير كلفة أصلا وانطبق لما في عامة الكتب (قوله والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا) أراد بهذه الأشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد ، وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف بهذه الأشياء : يعني بالبيع وأخواته ، ولم يدر أن البيع وأخواته من المكره عليه لامن المكره به ، وهذا نظير سائر سقطاته في كتابه هذا (قوله بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه) أقول : يرد على ظاهر هذا التحذير أن آخر للكلام يناقض أوله ، فإنه قال في أوله بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم ، فدل ذلك على تحقق الإكراه في هذه الصور أيضا وإلا لما قال بخلاف ما إذا أكره ، بل كان ينبغي أن يقول بخلاف ما إذا ضرب بسوط أو حبس يوما أو قيد يوما ، وقال في آخره فلا يتحقق به الإكراه ، وهذا صريح في عدم تحقق الإكراه في هاتيك الصور فتناقض . والجواب أن المراد بالإكراه في قوله بخلاف ما إذا أكره معناه الغوى وهو حل الإنسان على أمر يكرهه كما مر ، ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور ، والذي فناه في آخر الكلام إنما هو تحقق الإكراه على معناه الشرعي الذي ترتب عليه أحكامه فلا تناقض . ولك أن تقول : التعبير بالإكراه في قوله بخلاف ما إذا أكره للمشاكلة كما في قوله تعالى - تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك - فيحتثد لا يكون لفظ الإكراه هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية ، بل يصير مجازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الإقرار حجة الخ) قال في النهاية والعناية : قوله وكذا الإقرار حجة معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا فيفسد : أي والإقرار أيضا يفسد بالإكراه بهذه الأشياء ، وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجح جنبه الصلح ، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اه . أقول : الظاهر عندي أن قوله وكذا الإقرار حجة الخ معطوف على قوله لأن من شرط صحة هذا العقود التراضي إلى قوله فيفسد لاعلى قوله والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا فيفسد ، لأن قوله والإكراه بهذه الأشياء

والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (فيفسد ، وإن أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن إكراهه لأنه لا يبالي به نظرا إلى العادة إلا إن كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستصربه) فهو إكراه (ل) وجود العلة حيثئذ وهو (فوات الرضا) (قوله وكذا الإقرار حجة) معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا فيفسد : أي والإقرار أيضا يفسد بالإكراه بهذه الأشياء ، وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجح جنبه الصلح ، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة ، بخلاف ما إذا أكره على الإقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو إقرار كما في البيع ، إلا إذا كان المكره صاحب منصب : أي عز ومروية ، فإن الشرفاء والأجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ، ولهذا قال محمد رحمه الله : ليس في ذلك تقدير لازم ، بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به (ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا . وعند زفر رحمه الله لا يثبت لأنه يبيع موقوف على الإجازة ، ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف على الإجازة (قبل الإجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى عمله) لأن الإيجاب

والفساد لفقد شرطه وهو الرضى فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض ، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ، ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وإلجاجة المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حتى استرداد البائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبائع الثاني حتى العبد وحقه مقدم لحاجته ، أما هاهنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني . قال رضى الله تعالى عنه : ومن جعل البيع الجائر المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره ، لأن الفساد لقوات الرضا ، ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ، ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالمأزول ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الأحكام

يعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الأول فمطف قوله وكذا الإقرار خجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة في المقدمة الأولى ، مع أن المذكور في حيز قوله وكذا الإقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الإقرار بالإكراه غير مستمد بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور في النهاية والعناية ، فالوجه أن يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لأعلى بعضه ، والنوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالمأزول) قال بعض الفضلاء : لا يفتى على من يعرف معنى المزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا اه . أقول : لم يقل من جعله باطلا

والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو الملك (والفساد لفقد شرطه وهو الرضى) قال الله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - وتأثير انقضاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) والبيع بشرط الخيار ، إنما لا يفيد لأنه جعل العقد في حق حكمه كالتعلق بالشرط ، والتعلق بالشرط معلوم قبل الشرط ، فإذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض . (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاء (جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة) فإن قيل : لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزا بالإلجاجة فهو . أجب بأن إلجاجة المالك يرفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز ، بخلاف سائر ما فإن المفسد فيه باق (قوله إلا أنه لا ينقطع به) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فإن فيه إذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الأول حتى استرداده ، وهاهنا لا ينقطع بسبب الإكراه حتى الاسترداد للبائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك ، لأن الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبائع الثاني حتى العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته ، أما هاهنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني . قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائر المعتاد) يريد به بيع الوفاء . وصورته أن يقول البائع للمشتري : بع منك هذا العين بما لك على من الدين على أنى متى قضيت الدين فهو لى ، أو يقول بع منك هذا العين بكذا على أنى إن دفعت إليك ثمنك تدفع العين لى وقد اختلف الناس فيه : ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الأحكام وهو الانتفاع به دون البيع والمبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة إليه ، واختاره المصنف رحمه الله وأشار إليه بقوله البيع الجائر المعتاد . ومن المشايخ (من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره) لأن الفساد لقوات الرضا) كما في البيع المكره عليه (ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين) لأنهما وإن سميا بيعا لكن غرضهما الرهن والمبرة للمقاصد والمعانى ، ولا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع إلا بإذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه ، والدين ساقط بهلاكه في يده إذا كان وفى بالدين ، ولا ضمان عليه في الزيادة إذا هلك بغير صنعه ، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن . (ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالمأزول) لأنهما تكلمتا بلفظ البيع وليس

(قوله ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالمأزول الخ) أقول : لا يفتى على من يعرف معنى المزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا .

على ما هو المعتاد للحاجة إليه . قال (فإن كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لأنه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف وكذا إذا سلم طائعا ، بأن كان الإكراه على البيع لاعتل الدفع لأنه دليل الإجازة . بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوجب ودفع حيث يكون باطلا ، لأن مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ ، وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل ، فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع . قال (وإن قبضه مكرها فليس ذلك بإجازة وعليه ردّه إن كان قائما في يده) لفساد العقد . قال (وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

أن المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل ، بل قال : إنه كالهازل بناء على أن المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع ، وإلا فلا شك أن من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجرى المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقرر في علم الأصول ، وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ، ويرشد إلى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل ، فإن معناه قياسا على الهازل ، ولا ريب أن القياس إنما يتصور بين الشئين المتغايرين بحسب الذات المشتركة في العلة .

قصدما ، فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ، ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه . ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه ، بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشتري وبقي المشتري يرد المبيع على البائع من غير امتناع ، ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة ، ولهذا سمى بيع الوفاء لأنه وفي بما عهد من رد المبيع . قال (فإن كان قبض الثمن طوعا) إذا قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لأنه دلالة الإجازة كما في البيع الموقوف إذا قبض الثمن كان إجازة ، ودلالة الإجازة تقوم مقام الإجازة فكذا إذا سلم المبيع طائعا بأن كان الإكراه على البيع لاعتل الدفع لأنه دلالة الإجازة ، بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوجب مكرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا : أي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض ، فإن تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته . والفرق بينهما أن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ ، وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الإكراه على الهبة إكراه على الدفع دون البيع (وإن قبضه) أي الثمن (مكرها فليس ذلك بإجازة ، وعلى المكره ردّه إن كان قائما في يده لفساد العقد) فيكون الثمن أمانة عند المكره لأنه أخذه بإذن المشتري والقبض متى كان بإذن المالك إنما يوجب الضمان إذا كان للملك ، وهاتان لم يكن كذلك لأنه كان مكرها على قبضه (وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ، والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا

(قوله فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول : إذا كان باطلا لا ينقذ وفرع الانقضاء (قوله إلا إذا لم يخرج عن ملكه) للتفسير في ملكه راجع إلى المشتري (قال المصنف : بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة) أقول : وإذا أكرهه على الهبة والتسليم ، فالهبة فاسدة ، وإن أكرهه على الهبة لا غير . فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر ، فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائعا . وفي الامتناع لا تجوز . ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحسانا وقياما (قوله بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول : هذا على إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة كما ذكره العلامة الإقناني في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنيا على تلك الرواية . وفي البرازية في كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام ، فالقوى ما ذكرنا ، إذ فيها ترجيح رواية علم ثبوت الملك (قوله والفرق ، إلى قوله : وفي البيع بالعقد) أقول : فيه بحث ، لأن تعلق الاستحقاق في البيع الفاسد أيضا بالقبض على ما مر في أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد ، تأمل في جوابه يظهر لك ، فإن المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع ، وقد صرح به في بعض الشروح ونبه عليه المصنف بقوله على ما هو الأصل . ثم لا يخفى عليك أن الإكراه إذا كان على البيع الفاسد ينبغي أن يكون سكه سكه الهبة المكره عليها ، إلا أن يقال : البيع في أصل الوضع يتعلق به

(وللمكره أن يضمن المكره إن شاء) لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإنطاف ، فكانه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع ، وإن ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناخضه العقود لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه . ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه ، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز ، والله أعلم .

(فصل)

(فصل)

قال أكثر الشراح : لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى ،

كما تقدم ، وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار إن شاء ضمن المكره لأن المكره آلة له فيما يرجع إلى الإنطاف) وإن لم يصلح آلة له من حيث الكلام فإن التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكان المكره دفع مال البائع إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري) لأن الملاك حصل عنده فكان كل واحد منهما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب . فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بقيمة لقيامه مقام البائع) بأداء الضمان (وإن ضمن المشتري) يعنى أى مشترك كان بعد الأول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناخضه العقود) أى تداولته (لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ، ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه) وقال الشارحون : وإن ضمن المشتري : يعنى في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك ، فإنه وإن كان صحيحا لكن كلام المصنف إنما هو على شق الترديد من تضمين المكره والمشتري ، وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الأصالة . فإن قيل : ما الفرق بين تضمينه مشتريا وإجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ هاهنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك ؟ أجاب بقوله (لأنه أسقط حقه) يعنى في صورة الإجازة (وهو) أى حقه (هو) المانع فعاد الكل إلى الجواز (فإن قيل : ما الفرق بين إجازة المكره وإجازة المفضوب منه ، فإنه إذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازة خاصة ؟ أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه ، فكل بيع من هذه البيوع توقف على إجازته به لمصادفته ملكه فتكون إجازته أحد البيوع تخليكا للغير من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه . وأما المشتري من المكره فقد ملكه ، فالبيع من كل مشتر صادف ملكه ، وإنما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد ، وفي هذا لا يفرق الحال بين إجازته البيع الأول والآخر ، فلهذا نفذ البيوع كلها بإجازته عقدا منها ، والله أعلم .

(فصل)

لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى ، وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجته ، وذكر فيه الإكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء ، وغير الملجئ

الاستحقاق ، وعلم الاستحقاق لأمراض كنفار الشرط ، والشرط الفاسد لا يضر ، وهذا هو الصحيح (قال المصنف : لأن الاستناد إلى الحق) أقول : أى استناد ملك المشتري . قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : فيستند إلى حين المقد لا قبله انتهى ، وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الحق) أقول : لا يقال الحامل هو قول المصنف لأنه ملكه بالضمان ، فإن المشتري في صورة الإكراه يملكه بالتقبض ، لأن قوله ملكه مجاز عن تقرر ملكه بحيث ينساق إليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على المدلول عن المنهج الواضح . ثم اعلم أن لفظة « ما » في قوله وما عرفت نافية .

(فصل)

(وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر ، إن أكره على ذلك مجبس أو ضرب أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، فإذا خاف على ذلك نوسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير ، لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في المخصصة لقيام المحرم فيها ورامها . ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو ، حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم)

وقدم الأول لأن جق العبد مقدم لحاجته انتهى . أقول : فيه كلام ، وهو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كما في مسألة الإكراه على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، وكما في مسألة الإكراه بقتل أو قتل غيره فلم يتم ما ذكره بالنظر إلى مثل ذلك ، فالأشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال : إنما فصل بفصل لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الإكراه ، ومسائل الفصل ليست كذلك لأنها محظورة قبل الإكراه في حالة السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك إشكال ، فإن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر في علم الأصول ، وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجعا بل فرضا كما صرح به في كتب الأصول ، فإطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح غالف لما صرحوا به في كتب الأصول من كون ذلك فرضا فتأمل (قوله ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) قال في النهاية : فإن قيل : إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد . فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه ، والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم ، وهاهنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لأن ما أفشى إلى الحرام حرام انتهى . أقول : في الجواب بحث ، لأنه إن أريد به أن المباح هاهنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لإفضائه إلى الحرام فهو ممنوع جدا ؟ كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفا قطعا ، فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وإن أريد به أن ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة أخرى لعل تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن مانحن فيه ليس من هذا القبيل ، لأن نحو أكل الميتة وشرب الخمر إنما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به . ولا شك أن

وهو الإكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد ، والأول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل ، والثاني إن كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويعمل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير إكراه ، وإن كان على قول فإن كان قولاً يستوى فيه الحد والمزول فكذلك وإلا فهو معتبر . فعلى هذا (إذا أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر مجبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الإقدام على ذلك (وإن أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يقدم ، وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في المخصصة لقيام المحرم فيها ورامها ، ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو (حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبيح له ذلك ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به) وأشار إلى أن اللجئ يحتاج عن غيره لظنة الظن ، لأن بدن الإنسان في احتمال الضرب متفاوت ، وليس ثمة نص مقرر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلى به ، ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد وهو أربعون فقال : إن تهدد بأكل منها لم يسهه الإقدام ، لأن الأقل مشروع بطريق التنزيه ، والتنزيه يقام على وجه التزجر لا الإلتلاف ، لأن ذلك نصب المقدار بالرأى وهو لا يجوز (فإن صبر حتى أوقعوا به) أى قتلوه أو أتلفوا عضوه (ولم يتناول) وعلم بالإباحة (فهو آثم)

(قوله لقيام المحرم فيها ورامها) أقول : التفسير في ورامها راجع إلى الضرورة في قوله إنما يباح عند الضرورة (قوله حتى لو خاف على ذلك) أقول : أى النفس والعضو (قوله لأن ذلك نصب الخ) أقول : هذا ناظر إلى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد .

لأنه لما أبيع كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة الخمصة. وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فكان أخذها بالزينة . قلنا : حالة الاضطراب مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان لإباحة لارخصة إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة ، لأن في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام. أو في دار الحرب . قال (وإن أكره على الكفر بالله تعالى والعباد بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراها حتى يكره بأمر

صيرورة تركه حراما إنما هي في حالة الاضطراب أيضا ، إذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعاً فلزم أن تجتمع إباحة وحرمة تركه في حالة واحدة ، فلا يتصور الانقلاب من الإباحة إلى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه . لا يقال : سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الإباحة الأصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطراب ، وسبب حرمة الترك فيه المستزمنة لعدم استواء الطرفين إنما هو إفضاء الترك فيه إلى قتل النفس المحرم أو إلى قطع العضو المحرم ، فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة . لأننا نقول : استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعاً ، فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة ، سواء كانا مستنديين إلى سبب واحد أو إلى سببين ، ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول ، فإنه لما استدلوا على أن الواحد بال شخص لا يعطل بعينين مستقتلين بأنه لو علل بهما لكان محتاجا إلى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد . قال : لا يقال منشأ الاحتياج إلى كل واحدة منهما هو عليتها له ، ومنشأ عدم الاحتياج إليها عليتها الأخرى له فلا استحالة في اجتماعهما . لأننا نقول : احتياج الشيء إلى آخر في وجوده وعدم احتياجه إليه فيه متناقضان ، فلا يجتمعان سواء كانا مستنديين إلى سبب واحد أو إلى سببين انتهى كلامه . فقد ظهر بما قررناه ما في كلام بعض الفضلاء أيضا في هذا المقام فلينظر إليه وليأمل فيه (قوله إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة : هذا جواب إشكال كأنه يقول : إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم ، إذ الإنسان لا يأثم بترك المباح . فاجاب عنه بأنه يأثم إذا علم بالإباحة ولم يأكل حتى تلف لأنه يصير ساعيا في إتلاف نفسه انتهى ، واقفى أثره الشارح السني . أقول : لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الإشكال ، إذ لا ممانعة للعلم في أن لا يأثم الإنسان بترك المباح ، فإن المباح من حيث أنه مباح لا يأثم الإنسان بتركه وإن علم إباحته ، بل بالعلم بإباحته ينكشف عدم الإثم في تركه ، فكيف يحصل الجواب بقوله إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة عما يقال إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم ، إذ الإنسان لا يأثم بترك المباح ، فالوجه أن قول المصنف هذا إنما هو لبيان

لأنه لما أبيع (من حيث أن جرمة هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع قوات النفس غير ممكن) كان بالامتناع عن الإقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة الخمصة . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لأن الإقدام على ذلك رخصة ، إذ الحرمة (بصفة أنها ميتة أو خمر وهي (قائمة) إذا امتنع) كان أخذها بالزينة فلا يأثم . قلنا : لا نسلم أن الحرمة قائمة لأن الله تعالى استثنى حالة الاضطراب) فقال - وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطرتهم إليه - والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان لإباحة لارخصة) فامتناعه من تناول كاستناعه عن تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما (لكنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة ، لأن في انكشاف الحرمة خفاء) لأنه أمر يختص بمعرفة الفقهاء (فيعذر) أوساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب) فإن قيل : إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد . فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه والإتيان به إذا لم يرتب عليه محرم ، وهما قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لأن ما أفشى إلى الحرام حرام . قال (وإن أكره على الكفر بالله والعباد بالله الخ) علم أن كل ما لا يعتبر إكراها في تناول (قوله فصار الترك حراما) أقول : فكان الفعل واجبا ، والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف ، وإن أراد أنه قد يتقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما

يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه (لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر ، ففي الكفر وحرمة أشد أولى وأحرى . قال (وإذا خاف على ذلك سعه أن يظهر ما أمروه به وبورى ، فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به ، وقد قال له النبي عليه الصلاة والسلام « كيف وجدت قلبك ؟ قال مطمئنا بالإيمان ، فقال عليه الصلاة والسلام : فإن عادوا فعد ، وفيه نزل قوله تعالى - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان - الآية .

أن الحكم بالإثم على تقدير الصبر ، وترك الأكل في مستلثنا هذه ليس على إطلاقه ، بل فيها إذا علم بالإباحة في هذه الحالة . وأما إذا لم يعلم بها فلا إثم عليه في تركه لكونه معنورا بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء (قوله فقال عليه الصلاة والسلام « فإن عادوا فعد » الخ) قال جمهور الشراح : معنى قوله عليه الصلاة والسلام « فإن عادوا فعد » إن عادوا إلى الإكراه فعد طمأنينة القلب لا إلى إجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعا كما زعم البعض ، لأن أدنى درجات الأمر بالإباحة فيلزم أن يكون إجراء كلمة الكفر مباحا ، وليس كذلك لأنه لا تنكشف حرمة أصلا انتهى . وعزاء في النهاية ومعراج الدراية إلى مبسوط شيخ الإسلام . وأورد عليه بعض الفضلاء بأن قال : فيه بحث ، فإنه قد يكون الأمر للترخيص . قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي : الأمر بالشئ لا يبنى الخطر ، فإن المخطور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محذور فوقه كالحث في التبين وقطع الصلاة إلى آخر ما ذكره هناك ، فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى . أقول : مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الأمر حقيقة هو الإباحة ، وإنما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ، ولا بد في المجاز من قرينة صارقة عن الجمل على الحقيقة ، وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة ، وحقيقة الأمر إنما تنصور هاهنا بصرف الإعادة إلى الطمأنينة دون إجراء كلمة الكفر لما بينوا . وعن هذا قال العلامة النسفي هاهنا أى عد إلى طمأنينة القلب بالإيمان وما قيل فعد إلى ما كان منك من التيل متى وذكر أنهم يغير فغلط ، لأنه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر

الميتة والخمر لا يعتبر إكراهها في إجراء كلمة الكفر على اللسان لأن حرمة الكفر أشد . فإذا أكره على ذكره بما لا يخاف به على النفس أو العضو لا يصبح الإقدام عليه ، وإذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمروه به من إجراء كلمة الكفر . لكنه يورى . والتورية أن يظهر خلاف ما يضمن فجاز أن يكون المراد بها هاهنا اطمئنان القلب ، وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل معنيين فإن أظهر ما أمر به موريا كان أو غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالإيمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « كيف وجدت قلبك ؟ قال : مطمئنا بالإيمان ، قال : فإن عادوا فعد » . وفيه نزل قوله تعالى - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان - وقصته معروفة . ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « فعد » عد إلى طمأنينة القلب لا إلى الإجراء والطمأنينة جميعا ، لأن أدنى درجات الأمر بالإباحة فيكون إجراء كلمة الكفر مباحا ، وليس كذلك

نحن فيه ، إذ الذى فرضناه سبب الإباحة هو سبب الوجوب بعينه ، وجوابه المنع ، فإن الإباحة أصلية حيث لم يتناول النص المحرم فتأمل (قوله فجاز أن يكون المراد بها هاهنا اطمئنان القلب) أقول : فيه مساعة (قوله وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول : قد يكون الإكراه على سجود الصم أو الصليب مثلا ، ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه . في أحكام القرآن ، قال محمد بن الحسن : إذا أكره الكفار أن يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم فخطرباله أن يشتم محمدا آخر غيره فلم يفضل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافرا ، وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطرباله أن يسجد السجدة فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا ، فإن أصجلوه عن الروية ولم يخطرباله شيء فعمل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافرا إذا كان قلبه مطمئنا بالإيمان انتهى (قوله على المعنى الثاني) أقول : يبنى هذا الترديد والتسوية بين كونه موريا أو غيره في التورية بالمعنى الثاني لا الأول فإنه لابد منه (قوله لأن أدنى درجات الأمر بالإباحة الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه قد يكون الأمر للترخيص . قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي : الأمر بالشئ لا يبنى الخطر ، فإن المخطور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محذور فوقه كالحث في التبين وقطع الصلاة ، إلى آخر ما ذكره هناك ، فلم لا يجوز أن

ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق ، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسهه الميل إليه . قال (فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لأن خبييا رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء ، وقال في مثله « هو رفيق في الجنة » ولأن الحرمة باقية ، والامتناع لإعزاز الدين عزيمة ، بخلاف ما تقدم للاستثناء .

بالتكلم بكلمة الشرك إلى هناكلامه (قوله ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق ، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسهه الميل إليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : قوله ولأن بهذا الإظهار دليل معقول . ووجهه أن الإيمان لا يفوت بهذا الإظهار حقيقة لأن الركن الأصل في هو التصديق وهو قائم حقيقة ، والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا ، لأن التكرار ليس بشرط ، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسهه الميل إلى إحياء حقه اه كلامه . أقول : في تقريره خلل . أما أولا فإن قوله لأن التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد ، لأن عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الإقرار تقديرا ، إذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاذه كما تقرر في موضعه ، والمفروض هاهنا طريانه عليه ، إذ الكلام في إظهار كلمة الكفر وهو مضاد للإقرار باللسان . فإن قلت : إظهارها لإكراهها لا يضاذه الإقرار طواعية ، وإنما يضاذه إظهارها طواعية . قلت : هذا مبني على جواز إظهارها حالة الإكراه وهو أول المسئلة . فأخذ في أثناء إقامة الدليل عليها مصادرة فهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء هاهنا إنه ككلام الناس وجوده بمنزلة العدم ، فإنه أيضا مبني على أول المسئلة فيستلزم المصادرة . وأما ثانيا فلأن قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا ، وفوت حق الله تعالى توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة هاهنا أصلا ، وليس كذلك إذ لولا فوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيه إذا صبر حتى قتل ، ولا نسلم قول المصنف في سياقه ، ولأن الحرمة باقية ، إذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة ، بل التحقيق أن إجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة أصلا ، وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى . بل هو ككفر صورة في حالة الإكراه ، وكفر صورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الأصول ، إلا أن المبني بالإكراه عليه يصير معلورا حالة الإكراه نفسه الميل إليه عند طمأنينة القلب إحياء لحقه مع بقاء حرمة أبدا (قوله ولأن الحرمة باقية ، والامتناع لإعزاز الدين عزيمة ، بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان -

لأن الكفر لا تكتشف حرمة وموضعه أصول الفقه (قوله ولأن بهذا الإظهار دليل معقول . ووجهه أن الإيمان لا يفوت بهذا الإظهار حقيقة) لأن الركن الأصل في هو التصديق وهو قائم حقيقة ، والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لأن التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما (فيسهه الميل إلى إحياء حقه ، فإن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا) ، لأن خبييا رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب ، وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء ، وقال في مثله (أى فيه وكلمة مثل زائدة (هو رفيق في الجنة) وقصته معروفة أيضا (ولأن الحرمة باقية) لتناهى قبح الكفر وبقاؤها بوجوب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لإعزاز الدين ، بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة وشرب الخمر ، فإن الحرمة هناك لم تكن باقية (للاستثناء) كما تقدم . واعترض بأن إجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان - من قوله - من كفر بالله من بعد إيمانه - فينبغي أن يكون مباحا كأكمل الميتة وشرب الخمر . وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير ، وتقديره : من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرا فعظيم غضب من الله ولم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه ، وإنما

يكون ما ذكره هناك فليأخذ فإن لكلام جملا (قوله لأن التكرار ليس بشرط) أقول : نعم ، إلا أن عدم طريان مناهية شرط وهاهنا قد طرأ . والجواب أنه ككلام الناس وجوده بمنزلة العدم (قوله وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير ، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرا ، إلى قوله - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) أقول : يعني للاستثناء ما ذكر ثم لم لا يجوز أن

آلة له والإتلاف من هذا القبيل) وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسهه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل ، فإن قتله كان آثماً لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة . قال (والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً) قال رضى الله عنه : وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال زفر : يجب على المكره . وقال أبو يوسف : لا يجب عليهما . وقال الشافعى : يجب عليهما . لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسا ، وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم ، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فأضيف إلى غيره ، وبهذا يتمسك الشافعى في جانب المكره ، ويوجه على المكره أيضا لوجود التسبب إلى القتل منه ، وللتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص . ولأبي يوسف أن القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظرا إلى التأثيم ، وأضيف إلى المكره من وجه نظرا إلى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب . ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقى عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الإثم كما نقول في الإكراه على الاعتاق .

ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا إليه في الجملة . وقوله فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخير منع ، بل

آلة له ، والإتلاف من هذا القبيل) لأن المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فينتفبه . وقوله فيما يصلح احتراز عن الأكل والتكلم والوطء فإنه فيما لا يصلح آلة له (وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسهه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل ، فإن قتله كان آثماً لأن قتل المسلم) بغير حق (مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالإكراه) وهذا لا نزاع فيه . وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية ، فإنه إما أن كان يجب على المكره والمكره جميعا ، أو لا يجب على واحد منهما ، أو يجب على المكره وحده ، أو على العكس . والأول قول الشافعى رحمه الله . والثاني قول أبي يوسف رحمه الله . والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . والرابع قول زفر رحمه الله . له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فإنه معان مشاهد ، وكذا شرعا لأنه قرر عليه حكمه وهو الإثم ، فلإيجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع ، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز إضافته إلى غيره ، وبهذا يتمسك الشافعى رحمه الله في جانب المكره ويوجه على المكره أيضا لوجود التسبب إلى القتل منه ، وللتسبب في هذا : أى في القتل حكم المباشرة عنده ، كما إذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقصص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فإنه يقتل الشاهدان عنده للتسبب . ولقائل أن يقول : في كلام المصنف تسامح ، لأن دليل زفر يدل على عدم جواز إضافة القتل إلى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعى وهو يضيفه إلى غيره أيضا . والجواب أن دليله يدل على عدم جواز إضافته إلى غير المكره مباشرة ، والشافعى يضيفه إلى الغير تسبيحا فلا تنافى . ولأبي يوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصاص عليه والتعدى إلى غيره نظرا إلى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضى الله عنهم ، لأن تأثيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه ، وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كالألة والفعل ينتقل عنه ، وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها . ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إثارا لحياته ، والمحمول على الفعل بالطبع آلة لأن الآلة هي التي تعمل بالطبع ، كالسيف فإن طبعه القطع عند الاستعمال في عمله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقى عليه ، والفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة . فإن قيل : لو كان آلة لأضيف الإثم إلى المكره كالقتل . أجاب بقوله (ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل في حق الإثم مقصورا عليه كما نقول في الإكراه على الاعتاق) فإن إعتاقه ينتقل إلى المكره من

ولذا قيل : الإقرار دكن زانه ، والتفصيل في الأصول (قواه والجواب أن دليله الخ) أقول : فيه بحث .

وفى إكراهه المحسوس على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره فى الإتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا . قال (وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافا للشافعى وقد مر فى الطلاق . قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد) لأنه صلح آله له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه ،

السبب الشرعى مطلقا من حيث أنه سبب يجوز تخلف الحكم عنه ، إذ لابد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة ، فإلم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب ، وهذا أيضا مع كونه مقررا فى علم الأصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعى ، فإن الإيصاف فى الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم . والمثال المذكور فى الجواب ليس فى معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعى بل هو مسوق لمجرد التمثيل ، فتحقق دليل شرعى يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضى قيام دليل شرعى على جواز ذلك فى كل صورة على حدة ، على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نرى حكمه وهو الغضب ، فإن خبيباً رضى الله عنه لما أكرهه على إظهار كلمة الكفر فغضب ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث مياه سيد الشهداء وقال « هو رفيق فى الجنة » ولو لم تبق الحرمة أبداً فى إظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ، ولما استحق المدح فى ذلك لأن فى الامتناع عن المباح فى تلك الحالة إعانة الغير على إهلاك نفسه وهى حرام ، فيلزم أن يأثم بذلك كما فى حالة المخصصة كما مر (قوله ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لأنه صلح آله له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه) قال فى العتاية : ومنع صلاحته للملك لأن الإتلاف يثبت فى ضمن التلطف بهذا التلطف وهو لا يصلح آله له فى حق التلطف فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه . وأجيب بأن الإعتاق إتلاف وهو يصلح آله له فيه ، والتلطف قد ينفك عنه فى الجملة كما فى إعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة إلى الإتلاف دون التلطف اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن الانفكاك فى إعتاق الصبي إنما هو من جهة ثبوت التلطف بدون ثبوت الإعتاق ، وذلك لا ينافى ثبوت الإعتاق فى ضمن التلطف

حيث إتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم ، فإنه لو انتقل إليه من حيث التكلم أيضا لم يعتق العبد (و) كما نقول (فى إكراهه المحسوس على ذبح شاة الغير ، فإن الفعل ينتقل إلى المكره من حيث الإتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) وإذا ظهر أن المكره آله للمكره فى القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته غمضة فقتل إنسانا وأكل لحمه حتى بقى هو حيا إشارا لحياته بطبعه فإنه يجب عليه القصاص وإن كان مضطرا كالمكره لأنه ليس ثمة من يكون آله له فيضاف إلى نفسه . واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال : سواء كان هذا المكره الأمر عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الأمر ، وعزاه إلى المبسوط ، ونسبه شيخى علاء الدين عبد العزيز رحمه الله إلى السهو وقال : الرواية فى المبسوط بفتح الراء دون كسرها . ونقل عن أبى اليسر فى مبسوطه : ولو كان الأمر صبيا أو مجنوناً لم يجب القصاص على أحد لأن القتال فى الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه . قال (وإن أكرهه على طلاق امرأته) وإن أكرهه الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكرهه عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فإن تصرفات المكره كلها باطلة ، إلا أن يكون إكراهها بحق (وقد مر) دليل الفريقين (فى الطلاق) ويرجع على المكره قيمة العبد لأنه صلح آله له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه (ومنع صلاحته لذلك لأن الإتلاف يثبت فى ضمن التلطف بهذا اللفظ ، وهو لا يصلح آله له فى حق التلطف فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه . وأجيب بأن الإعتاق إتلاف وهو يصلح آله له فيه ، والتلطف قد ينفك عنه فى الجملة كما فى إعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة إلى الإتلاف دون التلطف ، وإذا صح

(قوله ونسبه شيخى علاء الدين عبد العزيز إلى السهو) أقول : يريد شيخه الإنعام العلامة قوام الدين أبابعد الله محمد بن آدم السكاكى مصنف مراجع النراية فى شرح الهداية (قوله ومنع صلاحته للملك) أقول : أشار بقوله لذلك إلى قوله صلح آله له من حيث الإتلاف (قوله والتلطف قد ينفك عنه فى الجملة كما فى إعتاق الصبي) أقول : فيه تأمل ، فإن الذى حسنا ثبوت الإعتاق لافى ضمن التكلم كما إذا ورث القريب .

فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا ، ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما .

البتة ، وإنما يتأف به عكس ذلك وهو أن يثبت الإعاق بدون ثبوت التلفظ ، وهذا غير متحقق في صورة إعاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا الضرب . وكان بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال : فيه تأمل ، فإن الذى يهتأ ثبوت الإعاق لا في ضمن التكلم كما إذا ورث القريب اه . أقول : لكن فيه أيضا خلل ، فإن الثابت في صورة إن ورث القريب إنما هو العتق دون الإعاق كما صرحوا به قاطبة ، وقد مر في كتاب الولاء مفصلا . والكلام هاهنا في الإعاق دون مجرد العتق كما لا يخفى . فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا الضرب . ثم أقول : لافائدة لحديث الانفكاك أصلا في الجواب هاهنا فإن كون ثبوت الإلتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الإنكار ، فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة . ولا يندى شيئا في دفعه انفكاك الإلتلاف عن التلفظ في صورة أخرى . فالحق عندى في الجواب أن يقال : لا يلزم من عدم صلاحية المكروه للأية في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في حق ماثبت في ضمنه وهو الإلتلاف ، لأن عدم صلاحيته لها في حق التلفظ لعله امتناع التكلم بلسان الغير ، وهي غير متحققة في حق ماثبت في ضمنه من الإلتلاف ، فإن المكروه يمكن أن يأخذ المكروه ويلتقي على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر (قوله أنه أن يضمه موسرا كان أو معسرا) لأنه ضمان إلتلاف فلا يختلف باليسار والإعسار . كذا في الكافي وغيره . فإن قيل : ينبغي أن لا يضم المكروه لأنه أتلف بعوض حصل للمكروه وهو الولاء ، والإلتلاف بعوض كلا إلتلاف . أجب بأن الإلتلاف بعوض إنما يكون كلا إلتلاف إذا كان العوض مالا ، كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فإنه لا ضمان على المكروه لأنه حصل للمكروه عوض ، أو كان في حكم المال كما في منافع البضع إذا أتلفها مكروها ، لأن منافعه تعد مالا عند الدخول ، والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب ؛ ألا ترى أن شاهدى الولاء إذا رجعا لا يضمنان ، كذا في الشروح . أقول : هذا الجواب يشكك بما لو أكره على شراء ذى رحم منه فتعت عليه فإن المكروه لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكروه بناء على أنه حصل له عوض هو صلة الرحم ، نص عليه في البدائع ، ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلا أنه لم يقل به أحد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض إذا اعتق

كونه آلة محنت الإضافة إليه (فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا ، ولا سعاية عليه) أما وجوب الضمان فبما إذا قال المكروه أردت بقولى هو حر عتقا مستقبلا كما طلب منى فإنه يعتق العبد قضاء وديانة . ويضمن المكروه قيمة العبد لأنه أتى بما أمره به على وفق ما أكرهه ، وكذا إذا قال لم يخطر ببالي سوى الإتيان بمطلوبه ، وإن قال خطر ببالي الإخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لا إنشاء الحرية يعتق العبد قضاء لاديانة لأنه عدل عما أكرهه عليه فكان طائعا . في الإقرار فلا يصدق القاضى في دعوى الإخبار كاذبا ، ولا يضمن المكروه شيئا لأن العبد عتق بالإقرار طائعا لا بالإكراه . فإن قيل : ينبغي أن لا يضمن المكروه لأنه أتلف بعوض وهو الولاء ، والإلتلاف بعوض كلا إلتلاف . فالجواب أنا لانسلم أن الولاء عوض لأن سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكروه معوضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا . سلمناه ولكن إنما يكون كلا إلتلاف إذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فإنه لا ضمان على المكروه لأنه حصل للمكروه عوض : أو في حكم المال كما في منافع البضع إذا أتلفها مكروها لأن منافعه تعد مالا عند الدخول ، والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب ؛ ألا ترى أنه إذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان . وأما عدم السعاية فلا أنها تجب للتخريج إلى الحرية) كما هو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه أن المستسمى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا (أو تعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء

(قوله فكيف يكون المكروه معوضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا) أقول : وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لها بالمكروه فالستد أم ؛ ولله لذلك بادر إلى التسليم .

ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه موأخذ بإتلافه . قال (ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول . وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها ، وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه إتلاف ، بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكرهه على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل جاز استحسانا) لأن الإكراه موثر في فساد العقد ، والوكالة لا تبطل

عبد عليه دين . لأن السعاية تجب ثمة لحق الغرماء ، وبخلاف الراهن إذا أعتق الموهون وهو معسر فإنه تجب السعاية لحق المرتهن ، كذا في الكافي وعامة الشروح . قال صاحب العناية بدل ذلك : بخلاف ما إذا كان العبد موهونا فأكرهه الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به . أقول : لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد إذا أكرهه الراهن على إعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فإنه قال فيه هاهنا : ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج إلى السعاية لذلك مثل أن يكون موهونا فأكرهه الراهن على إعتاقه وهو معسر فحينئذ تجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن بقرنته ، وأما هاهنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء . اهـ . ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فافتر به صاحب العناية ، لأن مجرد تعلق حق الغير بالعبد لا يوجب السعاية عليه ، بل لابد من أن لا يقدر معتقه على إيفاء ذلك الحق ولهذا قالوا : إذا أعتق الراهن العبد الموهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الإعسار . ولا يفتى أن الراهن فيها إذا أكرهه على إعتاق عبده الموهون ففعل يقدر على إيفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد

من موجبي السعاية . بخلاف ما إذا كان العبد موهونا فأكرهه الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به ، وهذا على مذهب أبي حنيفة سالم عن القضي ، وأما على مذهبه فإنه ينتقض بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية ، وقد أعتق ملكه ولا حتى لأحد فيه ، ويزاد لهما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لأنه موأخذ بإتلافه) يعني أن المكره إنما يضمن من حيث أنه جعل متلفا للعبد حكما ، فكانه قتله والمقتول لا يضمن شيئا . قال (ويرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيها إذا أكرهه على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا ، إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيها إذا أكرهه على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره ، إلا أن الرجوع هاهنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد ، وإن لم يسمه رجوع على المكره بما لزمه من المتعة لأن العلة في الكل واحدة وهو الإتلاف . أما في العتق فقد تقدم . وأما في الطلاق فلقوله لأن ما عليه : أي على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها بتسكين ابن الزوج منها بغير إكراه ، أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى ، وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها ، فإذا كان على شرف السقوط تأكد به وللتأكيد شبه بالإيجاب ، فكانه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان إتلافا لتمام من هذا الوجه ، والمكره في حق الإكراه بمنزلة الآلة فيضاف إلى المكره من حيث أنه إتلاف ، بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فيجب مجرد إتلاف ملك النكاح ، وهو ليس بمال عند الخروج ، وما ليس بمال لا يضمن بمال . ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكرهه على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل) أي طلق أو أعتق (فهو جائر استحسانا) والقياس أن لا يجوز لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه . وجه الاستحسان أن الإكراه موثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد ، والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة . أما أنه كالشرط

(قوله بخلاف ما إذا كان العبد موهونا فأكرهه الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية) أقول : إن ثبت الرواية في هذه المسئلة فلا كلام ، وإلا فينبغي أن لا يجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهنا بدل العبد فليأتمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول : أراد من الغير الورثة أو الدائن في الميراث وأراد المرتهن في الرهن (قوله نظير الجواب فيها إذا أكرهه على عتق العبد في حق وقوع الطلاق)

بالشروط الفاسدة ، ويرجع على المكره استحسانا لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل ، والنظر لا يعمل فيه الإكراه لأنه لا يحتمل الفسخ ، ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطلب به فيها ، وكذا العيين ، والظاهر لا يعمل فيها الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ ، وكذا الرجعة والإبلاء والتي في اللسان لأنها تصح مع الهزل ، والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الإكراه ، فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البذل لرضاها بالالتزام .

فإن له أن يضمه إياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد . ثم إن قول صاحب العناية بخلاف ما إذا كان العبد موهونا فأكره الرامن على إعتاقه الخ لا يكاد يصح هاهنا لأن تلك الصورة داخله هاهنا في إطلاق ما نحن فيه من مشكلة الكتاب فكيف يصح الحكم بالخالفه بينها وبين ما نحن فيه ، بخلاف صورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فإنهما مستلطان مغايرتان لما نحن فيه ، فيصح الحكم بالخالفه بينهما وبين ما نحن فيه ، وكذا قول تاج الشريعة . وأما هاهنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد ، فإنه يشعر بالخالفه أيضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه ، مع أنها داخله في إطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى ، وأيضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لانتقض بها ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من

الفاقد فلما تقدم أنه بعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرطا شرط فاسدا فإنه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد . وأما أن الوكالة لا تنفسد بالشروط الفاسدة فلأنها من الإسقاطات ، فإن تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقطه ، فإذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذا (ويرجع المكره على المكره) بما عزم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحسانا) والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع على الوكالة ، وزوال الملك لم يقع بها ، فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف إليه ، كما في الشاهدين شهدا أن فلانا وكل فلانا بعث عبيده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا . وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك ، وكان ما فعله وسيلة إلى الإزالة فيضمن ، ولا ضيان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه (قوله والنظر لا يعمل فيه الإكراه) بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل فيه ، وضابط ذلك أن كل مالا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الإكراه من حيث منع الصحة . لأن الإكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم الزوم وعدم الزوم يمكن المكره من الفسخ ، فالإكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق ، فلا لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه فيصح النذر مع الإكراه ، فإن أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه غير مطالب به في الدنيا فلا يطلب به غيره فيها . وكذا إذا أكره على يمين) فحلف انعقدت (أو على ظهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على إبلاء قآلى أو على في إلبا باللسان) ففعل صح (لأنها) أى الرجعة والإبلاء والتي (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ ، فإن أكره على إعتاق عبد عن كفارة العيين أو الظهار ففعل أبجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حصة لا إتلاف بغير حق ، وإن عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة لأنها ليست بمضمونة على أحد ، وإن ترك التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ، ولا يرجع به على المكره لأنه كان متمكنا من القربان في المدة ، فإذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق ، وإن قريبا وكفر لم يرجع على المكره بشيء ، لأنه آتى بضمه ما أكرهه عليه ، وإن أكرهه على أن يخالف أمره ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر ، والإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا يبدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء والعين لا يعمل فيه الإكراه (فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البذل لرضاها بالالتزام) يلزام ما سلم لها

أقول : الأظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله فيفسد به الاختيار) أقول : أنت خير بأن الله هنا ليست في عملها ، والأحسن تبجيلها بالواو (قوله بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل) أقول : بيان في الأول التزاما ، وفي الثاني صريحا

قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة، إلا أن يكرهه السلطان : وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحدّ) وقد ذكرناه في الحدود .

أن السعاية إنما تجب على العبد للتخريج إلى الحرية ، إذ لا تخريج إلى الحرية في تلك الصورة لما ذكرنا أن العبد قد خرج إلى الحرية بالإعتاق فلا يمكن تخريجه إليها ثانياً فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المجل ، وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض . وأما على مذهبهما فنقض بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولا حق لأحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله : لا يجب الحدّ) وجه قولهما أن المعبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرته المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر ، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً ، لأن السلطان يعلم أنه لا يفتوه فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف القوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل في الإيقاع . ووجه قوله إن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان . فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد . كذا في العناية والنهاية ، وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود . أقول : يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة

من البيونة ، ولا شيء على المكره للزوج لأنه أتاف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به . فإن قيل : إن خالعهما وهي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أو لا ؟ قلنا : لا يجلو أما إن ساق الزوج المهر إليها كاله أولاً ، فإن ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق ، أما عندهما فظاهر ، لأن المخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح . وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الإكراه لا تصح ، وإن لم يسق رجعه عندهما خلافاً لأنه غير مكره في هذه الصورة على البراءة . قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ) قال أبو حنيفة أولاً : إن أكرهه أحد على الزنا فزني وجب عليه الحدّ لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشاراً له وذلك لا يكون إلا بلذاته وذلك دليل الطوعية ، بخلاف المرأة فلها عمل الفعل ، ومع الخوف يتحقق التحكين منها فلا يكون التحكين دليل الطوعية . ثم رجح وقال : لا حدّ عليه إذا كان المكره هو السلطان ، لأن الحدّ للزجر ولا حاجة مع الإكراه ، لأن الاتزجار كان حاصلاً إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الملاك عن نفسه لا قضاء الشهوة ، فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحدّ عنه ، وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينشأ من التألم من غير اختيار . وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله أنه لا يلزمه الحدّ . وأما تقييد الإكراه بالسلطان فقد قيل إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب ، وقيل من قبيل اختلاف الحكم . ووجه قولهما أن المعبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرته المكره على الإيقاع ، وخوف المكره الوقوع كما مر ، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً ، لأن السلطان يعلم أن لا يفتوه فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف القوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل في الإيقاع . ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه ، إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان . فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ، ثم في كل موضع وجب الحدّ على المكره لا يحسب لما المهر . لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد ، وفي كل موضع سقط الحدّ وجب المهر لأن الرطه في غير الملك لا ينقل عن أحدهما ، فإذا سقط الحد وجب المهر لإظهار الخطر المجل سواء كانت مستكره على الفعل أو أذنت له بذلك . أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها . وأما الثاني فلأن الإذن له ليس يحمل الرطه فكان إذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعاً

(قوله فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول : قال الإتيان : الإكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالإجماع انتهى . فقول الشارح فإن اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حيثن في موضع من المصر تدبر .

قال (وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لأن الردة تتعلق بالاعتقاد . ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك ، فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان

رحمه الله أن يقال : ندرة ذلك ممنوع ، كيف ووقوع ظفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سببا في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى ، ولئن سلم الندرة فإن لا يكون للتأخر حكم فيما يندرى بالشبهات من الحدود سببا في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع ، إذ لا شك أن بمجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة . قال في غاية البيان في هذا المقام : ودليلها ظاهر ، لأن الكلام فيما إذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة ، وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء ، ألا يرى أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالإجماع . ولأى حنيفة أن هذا مما لا يطلب عليه عادة إذا كان في المصر ، لأن الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع . والحكم لابن أبي حنيفة أن هذا التأخر ، حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبه كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى . أقول : على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع الندرة ، ولكن يبقى منع أن لا يكون للتأخر حكم فيما يندرى بالشبهات كما نحن فيه على حاله . ثم أقول : إطلاق مسألة الكتاب وإطلاقات عامة المعنويات في أن حكم الإكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به عندهما لما يساعد القول بأن الإكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالإجماع . يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتبع سائر المعنويات . قال الإمام قاضيخان في أول كتاب الإكراه من فتاواه : الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به ، وعليه الفتوى انتهى . وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني : ومن شرط صحته أن يكون الإكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما إذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو إكراه صحيح شرعا . والاختلاف على هذا الوجه المذكور في مسألة الزنا ، وصورتها : غير السلطان إذا أكره رجلا على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا طوعا ، وعلى قولهما لأحد عليه ، فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة . وأما في غيره فإكراه غير السلطان وإكراه السلطان سواء عندهم جميعا . ومنهم من قال : الخلاف في الزنا وغيره من الأحكام أيضا سواء . واختلفوا فيما بينهم : بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان . وبعضهم قال هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر (قوله لأن الردة تتعلق بالاعتقاد) ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك قال صاحب العناية : ويجوز أن يجعل كلامه دليلين : أحدهما أن يقال إن الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الإكراه . والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيث لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان وقيام الإكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البيئونة) المترتبة على الكفر (بالشك ، فإن قالت المرأة قد بنت منك . وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان

(وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر ، وفي تبدل شك) وكان الإيمان ثابتا يبين امرأته ديانة ولا قضاء لأنه لم يقر على نفسه بوجود المخلف ، وإجابة ما طلب منه في حالة الإكراه أن يقال إن الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الإكراه . والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيث لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان وقيام الإكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البيئونة) المترتبة على الكفر (بالشك ، فإن قالت المرأة قد بنت منك . وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان

(قال المصنف : وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) أقول : قال العلامة الزيلعي : هذا إذا قال لم يظهر بيلا شيء ، ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالإيمان فإنه حيث لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لأنه لم يقر على نفسه بوجود المخلف ، وإجابة ما طلب منه في حالة الإكراه مرخص له دون غيرها من الأحوال ، حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه الدواعي كلمة الكفر فأجبر على لسانه وقلبي مطمئن بالإيمان كفر من ساعته لأنه رضي بإجراء كلمة الكفر على لسانه من غير إكراه ، فصار نظيره ما لو نوى أن يكفر في وقت المستقبل انتهى ، وفيه بحث (قوله ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول : لافرق بين هذين الدليلين في المنى ، بل في اللفظ فقط كما لا يخفى .

فالقول قوله استحسانا . لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد ومع الإكراه لايدل على التبديل فكان القول قوله . بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما . لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلو ،

أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان . وقيام الإكراه بصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البيئونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى . أقول : لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله لغوم الكلام ، لأن ما زعمه دليلين متحدين في المعنى . وإنما التباين بينهما في بعض الألفاظ وهو تبديل الاعتقاد في الأول واعتقاد الكفر في الثاني . ولا ريب أن تبديل اعتقاد المسلم إنما يكون باعتقاد الكفر فاتحدا معنى فاما معنى جعلهما دليلين ، وإن جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا ، لأن الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الأول كما ترى (قوله فالقول قوله استحسانا لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد ومع الإكراه لايدل على التبديل فكان القول قوله) قال صاحب العناية في حل هذا المجل : وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة : يعني لم يظهر منها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق . بل دلالة عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما في القلب . فإن دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية ومع الإكراه لايدل على التبديل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلماذا كان القول قوله انتهى كلامه . أقول : فيه خلل . فإن قوله فإن دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم . إذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ، ولا شك أن اللفظ هاهنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لاحقيقة ولا مجازا ، وإنما هي : أي الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الرديء ، فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت الزامية محضة . فكان انضمامها من اللفظ بطريق الاستيعاب لا بطريق الأصالة فصارت من قبيل مستبعات الألفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة . فإن قلت : يجوز أن يراد بالمجازية هاهنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي إلى أي شيء كان ، لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي فقط فنعم مستبعات الألفاظ أيضا . قلت : هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية بأباه جدا قوله من قبل : يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل . فالوجه المجهل المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب النهاية معزيا إلى الإيضاح حيث قال : وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة ، وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد ، والإكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة ، كذا في الإيضاح اه . (قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما ، لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلو) قال صاحب النهاية : وكأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه : إن الإيمان هو التصديق ، والإقرار باللسان شرط لإجراء الأحكام ، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه ، فإنهم يعملون الإقرار ركنًا انتهى . أقول : فيه نظر ، فإن ما ذكر في الكتاب كيف يكون إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي

فالقول قوله استحسانا) وفي القياس : القول قولنا فنضع الفرقة . لأن التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البيئونة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائع والمكروه كما في الطلاق . وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعني كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالتها عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما في القلب . فإن دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية ، ومع الإكراه لايدل على التبديل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه (لهذا) كان القول قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل (أن يكون لفظه يوافق اعتقاده) واحتمل (أن لا يكون لفظه) رجحنا الإسلام في الحالين (قيل أي في حال الإكراه على الردة والإكراه على الإسلام) لأن الإسلام يعلو ولا يعلو) فلم يجعل كافرا في الصورة الأولى

وهذا بيان الحكم . أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد فليس بمسلم ، ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لم تكن الشبهة وهى دائرة للقتل . ولو قال الذى أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة . لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه . وحكم هذا الطائع ما ذكرناه . ولو قال أردت ما طلب منى وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء . لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه خلاصا غيره . وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمد آخر غير النبي عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لا ديانة ، ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير

مع تمحيته على المذهبين معا ، بل تمحيته على المذهب الثانى أظهر فى حال الإكراه على الإسلام ، لأن الإقرار إذا كان ركنا من الإيمان كان المكروه على الإسلام آتيا بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم بإسلامه ، فإنه لما تحقق أحد ركني الإسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمتنا بوجود الإسلام ترجيحاً لجانبيه ، بخلاف ما إذا كان الإيمان هو التصديق وكان الإقرار شرطا لإجراء الأحكام ، فإنه على هذا لا يتحقق شيء من ركني الإيمان فى المكروه على الإسلام ، وإنما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الإيمان شرط لإجراء الأحكام ، فوجه الحكم بالإسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لإجراء أحكامه لا يظهر ظهوره فى الأول . لا يقال : كيف يتمشى ما فى الكتاب على المذهب الثانى فى حال الإكراه على الردة ، وعلى تقدير أن يكون الإقرار ركنا من الإيمان يلزم أن يثبت حكم الردة بإجراء كلمة الكفر على اللسان لأنه يقتضى الإقرار إذ ذاك ، وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لعمالة . لأننا نقول : إن من قال بأن الإقرار ركن من الإيمان لم يقل إنه ركن أصلى منه كالتصديق ، بل قال : إنه ركن زائد والتصديق ركن أصلى ، وفسر معنى كونه ركنا زائدا بأن الشارع اعتبره فى وجود المركب ، لكن إن عدم بناء على

وجعل مسلما فى الصورة الثانية ترجيحاً للإسلام (وهذا فى حق الحكم ، أما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد الإسلام فليس بمسلم) وكأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماترىدى وهو المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن الإيمان هو التصديق ، والإقرار باللسان شرط لإجراء الأحكام ، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فإنهم يجعلون الإقرار ركنا (ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لم تكن الشبهة) أى شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دائرة للقتل) (قوله ولو قال الذى أكره) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك : يعنى لو قال فى جواب قولها قد بنت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه لأنه أكره على الإنشاء دون الإقرار . ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال عنيبت به الكذب لا يصدق القاضى لأنه خلاف الظاهر ، إذ الظاهر هو الصدق حالة الطوعية ، لكنه يصدق ديانة لأنه ادعى ما يمتثل لفظه (ولو قال أردت ما طلب منى من الكفر وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه خلاصا غيره) لأنما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوى ذلك ، والضرورة قد اندفعت بهذا الإيمان . فإذا لم يفعل وأنشأ الكفر كمن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة . والحاصل أن المكروه على إجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه : فى وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة ، وفى وجه يكفر فيها جميعا ، وفى وجه يكفر قضاء يفرق القاضى بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة ، وذلك لأنه إذا أجرا فلما أن يخطر بباله غير ما طلب منه أو لا . والثانى هو الأول ، والأول إن خطر بباله أن يقول ذلك ويريد الإخبار عما مضى كاذبا وأراد أنه الثالث ، وإن لم يرد فهو الثانى . وإذا ظهر لك هذا

(قوله وكان هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماترىدى) أقول : فيه بحث لحفاء الإشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الإقرار ركنا فإن الحكم به إذ هو الظاهر لنا ، وليس فى كلامه ما يندل على شرطته الحكم .

النبي عليه الصلاة والسلام بانته ديانة وقضاء لما مر ، وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى . والله أعلم .

(كتاب الحجر)

ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك في كتب الأصول بما لا مزيد عليه ، فعلى هذا يظهر تمسك مائ الكتاب على هذا المذهب أيضا في حال الإكراه على الإسلام والإكراه على الكفر كما ينبغي تأمل توقف .

(كتاب الحجر)

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب الاختيار ، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيرا لأن فيه سلبا عن له اختيار صحيح وولاية كاملة . بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم ، كذا في الشروح . ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة . والآخر التعظيم لأمر الله تعالى ، وتحقيق ذلك أن الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في الحجر . فجعل بعضهم أولى الرأى والنهى . ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فإيا يرجع إلى معاملات الدنيا ، كالمجنون الذى هو عديم العقل ، والمعتوه الذى هو ناقص العقل ، فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما ، لأن الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما ، إذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتميز وافر يردهما ، وكذلك حجر الصبي والرقيق . أما الصبي ففى أول أحواله كالمجنون وفى آخرها كالمعتوه ، فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع فى حق الصبي . وأما الرقيق فإنه يتصرف فى مال غيره لأنه لا مال له ، ولا يستعمل من يتصرف فى مال الغير مثل استعماله فى مال نفسه عادة ، فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظرا للمولى ، ثم إن الحجر فى اللغة هو المنع فإنه مصدر حجر عليه القاضى إذا منعه . وفى الشريعة هو المنع عن التصرف فى حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون ، كذا فى النهاية والعناية . أقول : فيه قصور . أما أولا فلأن الحجر فى الشريعة ليس هو المنع عن

أمكنتك أن تخرج مسئلة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم . وقوله (لما مر) إشارة إلى قوله لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم نفسه مخلصا غيره ، والله أعلم بالصواب .

(كتاب الحجر)

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب اختياره ، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيرا لأن فيه سلبا عن له اختيار صحيح وولاية كاملة ، بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم ، وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة . والآخر التعظيم لأمر الله . وهو فى اللغة عبارة عن المنع ، وفى عرفهم هو

(كتاب الحجر)

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة ، والآخر التعظيم لأمر الله تعالى ، وهو فى اللغة عبارة عن المنع) أقول : قوله هو فى الموضعين راسع إلى الحجر ، وقوله وهو راسع إلى الشفقة .

قال (الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة : الصغر ، والرق ، والجنون ، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ، ولا تصرف المجنون المغلوب بحال . أما الصغير فلنقصان عقله ، غير أن إذن الولي آية أهليته ، والرق لرعاية حق المولى كى لا يتعطل منافع عبده . ولا يملك رقبته بتعلق الدين به ، غير أن المولى بالإذن رضى بفوات حقه ، والجنون لانتجاعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال . أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتب أهليته فلهذا وقع الفرق . قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ، إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه : وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ، ولا بد أن يعقلا البيع لوجود ركن العقد فينقصد موقوفا على الإجازة . والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجع المصلحة على المسددة وهو المعتوه الذى يصلح وكيلًا عن غيره كما بينا في الوكالة . فلان قيل : التوقف عندكم في البيع . أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر .

التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولًا لا فعلا كما يفصح عنه ما سأتى في الكتاب من أن هذه الممانى الثلاثة يعنى الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأموال دون الأفعال . وأما ثانيا فلأن المجبور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون . بل المقتى الماجن والمتطلب الجاهل والمكاري المفسد مجبور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله . كما صرحوا بذلك كله في عامة المعترآت ، وسأتى في الكتاب شيئا فشيئا ، فقلوه في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد . وبالحكمة في التعريف الزبور تقصير من حيث إطلاق المقيّد وتقييد المطلق . وقال في الكافي : الحجر في اللغة المنع . وفي الشرع منع عن التصرف قولًا بصغر ورق وجنون انتهى . أقول : فيه تدارك للمحذور الأول . ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى ، فالأولى ما ذكر في معراج الدراية فإنه قال فيه : ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه . وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولًا لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للحجر بأى سبب كان انتهى تدبر (قوله الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة : الصغر ، والرق ، والجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق . وألحق بما اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهى : المقتى الماجن ، والمتطلب الجاهل ، والمكاري المفسد . وأما حجر المديون والسفيه بعد ابلاغ رشيدا فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، كذا في الشروح . أقول : قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على إدراج العته في الجنون

المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون . وأسبابه مصادر هذه الأساى . وألحق بها المقتى الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفسد بالاتفاق . ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يميز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما . وأما الذى لا يكون مغلوبا وهو الذى يعقل البيع ويقصده فإن تصرفه كصرف الصبي العاقل كما سيجيء . أما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله وأهلية التصرف إنما هى بالعقل لكن أهليته مرتبة ، وإذن وليه آية أهليته . وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كى لا تتعطل عليه منافع عبده ، فإنه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذى يشره وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها أكسابه التى هى نفعة المولى وذلك تعطيل لما عنه ، ولتلا يملك رقبة بتعلق الدين به إذا لم يكن له كسب . غير أن المولى إذا أذن فقد رضى بفوات حقه . والجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال . قال (ومن باع من هؤلاء شيئا) أراد هؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذى يمين ويفيق ، وتصرفهم فيما يتردد بين الضر والنفع ينقصد موقوفا إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لإفادة هذا الحكم : أعنى كون البيع ساليا والشراء جاليا وهو احتراز عن المازل . فإن يبعه ليس لإفادة هذا الحكم (والولى) بالخيار إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه ، لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه) وكلامه ظاهر ، وأراد سؤالا على الشراء وهو أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على مامر من بيع القسوى فكيف ينقذ هاهنا موقوفا على الإجازة . وأجاب بأن عدم التوقف إنما يكون إذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء

قلنا : نعم إذا وجد نفاذاً عليه كما في شراء الفضولى ، وهاهنا لم نجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقته . قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال) لأنه لا مردّ لها لوجودها حساً ومشاهدة ،

وجعل الأسباب الأصلية المتفق عليها ثلاثة وهى : الصغر ، والرق ، والجنون . وفى كتب الأصول على جعل العتة قسماً للجنون كسائر الأمور المعترضة على الأهلية ومخالفاً له في أكثر الأحكام ، فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الأصول وهذا من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التى هى الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال ، حتى أوجب التوقف في الأقوال التى ترددت بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والجنون ، والعبد . وأوجب الحجر من الأصل بالإعدام في حكم أقوال يتمحض ضرراً كالطلاق والعناق في حق الصغير ، والجنون دون العبد فإنه يملك الطلاق ، كذا في النهاية والكفاية . قال صاحب العناية في حل هذا المحل : وهذه المعاني الثلاثة : يعنى الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال : يعنى ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء : أى هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والجنون والعبد . وأما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعناق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والجنون دون العبد ، وأما ما يتمحض منها نفعاً كقبول الهبة والمدية والصدقة فإنه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه . أقول : خصص الشارح المزبور الأقوال المذكورة في مسألة الكتاب بالأقوال المترددة بين المنع والضرر حيث قال : أغنى ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء ، فلما أخرج عن الأقوال ما تمحض نفعاً وما تمحض ضرراً وكان فائدة إخراج الأول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلاً دون فائدة ثبوت إخراج الثاني لثبوت الحجر فيه أيضاً في حق الصغير والجنون خصص معنى إيجاب الحجر أيضاً حيث قال : أى هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والجنون والعبد ، وأشار بذلك إلى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى الخصوص فيا يتمحض ضرراً من الأقوال ، ونبه عليه بقوله : وأما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعناق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والجنون دون العبد . ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيصين المذكورين يلزم إذ ذاك محذوران : أحدهما أنه على ذلك المعنى الذى ذهب إليه الشارح المزبور يصير مآل معنى هذه المسئلة وهى قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال معنى المسئلة السابقة وهى قوله : ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشتراه وهوى بعل البيع ويقصده فالولى بالخيار ، إن شاء أجازة إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء

الفضولى . وهاهنا لم نجد ذلك لعدم أهلية في الصبي والجنون أو لضرر المولى فوقته . قال صاحب النهاية : هذا الذى ذكره عن الإشكال إنما يرد على لفظ مختصر القدورى حيث قال فيه : ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشتري ، أما هاهنا يعنى في الهداية فلم يذكر قوله أو اشتري فلا يرد الإشكال ، ولكن جعل المذكور في القدورى مذكوراً وهاهنا فأورد الإشكال وهو موجود في بعض النسخ ، وكذا في نسخة سماعى ، وكذا ذكره شيخى في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة) يعنى الصغر والرق والجنون (توجب الحجر في الأقوال) يعنى ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء : أى هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والجنون والعبد . وأما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعناق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والجنون دون العبد . وأما ما يتمحض منها نفعاً كقبول الهبة والمدية والصدقة فإنه لا حجر فيه على العموم (قوله دون الأفعال) يعنى المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الأفعال (لأن الشأن أن الأفعال لا مردّ لها) حتى إن ابن آدم لو انقلب على قارورة إنسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال ، وكذلك العبد والجنون إذا أنلفا شيئاً لزمهما الضمان في الحال (لأن الأفعال توجد حساً ومشاهدة) ويحصل بها الإلتلاف ، والإلتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا إلتلاف ،

(قوله وكذا ذكره شيخى في شرحه) أقول : أراد الكاكي (قوله يعنى ما تردد منها بين النفع والضرر) أقول : الأولى عتلى هو تميم الأقوال لما يتمحض ضرراً ، وما تردد بين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما يخصصه المصنف من هذا العموم (قوله فإنه يوجب الإعدام من الأصل) أقول : فلا يتمقد (قوله في حق الصغير والجنون دون العبد) أقول : في البعض كالطلاق دون البعض كالعناق

بمخلاف الأقوال ، لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرى

فسخه فلا يكون في إعادة الثانية فائدة إلا تجرد كونها توطئة لقوله دون الأفعال . وثانيهما أنه لا يناسب حينئذ إدراج ما يتمحض ضررا من الأقوال كالطلاق والعناق ، والإقرار في المسائل المتفرعة على هذا الأصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال . وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيها بعد : والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما . وصرح الشارح الزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تقريبا على الأصل المذكور . وقد وقع التصريح بقاء التصريح في مختصر القديري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما . ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال فتعين التصريح بنفس عبارته . فالوجه عندى أن اللام في الأقوال في قوله توجب الحجر في الأقوال للجنس ، وأن المراد بإيجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الأقوال ما يعم إيجاب التوقف على الإجازة كما في الأقوال المترددة بين النفع والضّر ، ولإيجاب الإعدام من الأصل كما في الأقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج إلى إخراج هذا القسم : أئني ماتمحض ضررا عن الأقوال المذكورة في الأصل المسفور . بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الأقوال فيشملة ذلك الأصل فيناسب تنزيع المسائل الآتية بأسرها عليه . ولا يضر عدم تحقق الحجر في الأقوال التي تتمحض نفعاً ، لأن تحقق الحجر في جنس الأقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الأصل الزبور مجملاً وما فرغ عليه من المسائل تبين له ، فاجعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر ، وما لا فلا تأمل توقف (قوله بمخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول : فيه إشكال ، لأن الطلاق والعناق والعفو عن القصاص والعين والتذر كلها من الأقوال المعبرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع ، ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلاً ، وكذا عتاق الحر البالغ العاقل هازلاً ، وكذا يمينه هازلاً ونذره هازلاً صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في باب الحرز من كتب الأصول ، مع أن الحرز يناق القصد لاعالة . فإن عدم القصد والإرادة معتبر في نفس مفهوم الحرز . وقال في العناية : فإن قيل : الأقوال موجودة حساً ومشاهدة فإلما شرط اعتبارها موجودة شرطاً بالقصد دون الأفعال ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أن الأقوال الموجودة حساً ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ، ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعلوم بمخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها ، فبعد ما وجدت لا يمكن أن يجعل غير موجودة . والثاني أن القول قد يقع صدقاً وقد يقع كذباً وقد يقع جدلاً وقد يقع هزلاً

(بمخلاف الأقوال ، لأن اعتبارها حال كونها موجودة بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فيقتضي المشروط به . وأما في العبد فالقصد وإن وجدته لكنه غير معتبر لازوم الضرر على المولى بغير اختياره . فإن قيل : الأقوال موجودة حساً ومشاهدة فإلما شرط اعتبارها موجودة شرعاً بالقصد دون الأفعال ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أن الأقوال الموجودة حساً ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله . فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعلوم ، بمخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن يجعل غير موجودة . والثاني أن القول قد يقع صدقاً وقد يقع كذباً وقد يقع جدلاً وقد يقع هزلاً ، فلا بد من القصد . ألا يرى أن القول من الحر العاقل البالغ إذا وجد هزلاً لم يعتبر شرعاً فكذلك من هذه الثلاثة ، بمخلاف الأفعال فإنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها ، وقوله (إلا إذا كان) استثناء من قوله لا مردّ لها . يعنى أن الأفعال إذا وجدت لا مردّ لها ، لكن إذا كان فعل يتعلق به حكم يندرى بالشبهة كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارته لما يترتب عليه من الحدود والقصاص .

(قوله لأن اعتبارها حال كونها موجودة) أقول : لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار ، أي اعتبارها مفيدة للأحكام بالشرع ، ومعنى الوجود ما يترتب عليه الآثار والأحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعلوم) أقول : لم يتبين ما ذكره سبب شرعية القصد في اعتبارها موجودة شرعاً (قوله فلا بد من القصد) أقول : السؤال أنه لم يكن بد من القصد .

بالشبهات كالخلود والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون . قال (والصبي المجنون لاتصح عقودهما ولا إقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه » والإعتاق يتمحض مضرة ، ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة . ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة ، فلهذا

فلا بد من القصد ؛ ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل إذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة ، بخلاف الأفعال فلها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى . أقول : في كل من وجهي الجواب نظر . أما في الأول فإنه غير متمشٍ في الإنشاءات لأنها إيجابيات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ، ولا يخفى أن أكثر الأقوال المعتبرة في الشرع في إفادة الأحكام الشرعية من قبيل الإنشاءات فلا يتم التقريب . وأما في الثاني فلأنه منقضى بما تساوى فيه الجدل والمزل من الأقوال كالطلاق والتناق ونحوهما تدبر تفهم (قوله والصبي المجنون لاتصح عقودهما ولا إقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار ، وإنما أعاد المسئلة تقريبا على الأصل المذكور ، وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتناق القبوليات في موضع واحد . كذا في العناية والنهاية . قال بعض الفضلاء وإذا أريد بالصبي المجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المخلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ، ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى . وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان هاهنا ، فإنه قال : أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لأن بيعهما وسائر تصرفاتهما التي يتردد بين النفع والضّر موقوف على إجازة الولي ، ألا يرى إلى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ، إن شاء أجازته . إلا إذا أريد بقوله والصبي من لا يعقل أصلا ويقول والمجنون الذي لا يفقه أصلا فيجوز بيعه وقوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه . أقول : لا مسأغ لذلك الاحتمال لأن حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لاتصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المخلوب فقط مما لاتساعد القاعدة ، فإن المعروف بلام التعريف إذا لم يكن هناك معهود إنما يحمل على الجنس في قاعدة أهل الحرية ، وعلى الاستفراق في قاعدة أهل الأصول كما تقرر كله في موضعه ، فهاهنا الصبي الغير العاقل والمجنون المخلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعا ، فلا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين هاهنا جنسهما أوجيع أفرادهما على إحدى القاعدتين لاحصة مخصوصة منهما كما توهم . ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك ، فلو أريد بهما هاهنا ذلك القسم المعين منهما لزم أن لاتكون أحكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المخلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام إقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر أصلا ، إذ موضع ذكر تلك الأحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب ، فيلزم أن تكون متروكة سدى ولا يخفى فساد . ولا يخلجن في وهمك أنها تفهم بما ذكر دلالة ، لأن سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المخلوب أقوى من سببه في غيرها فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرها كما لا يخفى (قوله والإعتاق يتمحض مضرة ، ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ، ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : والإعتاق يتمحض مضرة لاعالة ، والطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضّر باعتبار موافقة الأخلاق بعد

قال (والصبي المجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار ، وإنما أعاد هذه المسئلة تقريبا على الأصل المذكور ، وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتناق القبوليات في موضع واحد . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه » رواه الترمذى عن أبي هريرة رضي الله عنه (والإعتاق يتمحض مضرة)

(قوله قال : الصبي والمجنون لا يصح عقودهما ، أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول : وإذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المخلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ، ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار .

لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته ، بخلاف سائر العقود . قال (وإن أتلغا شيئا لزمهما ضمانه) إحياء لحق التلف عليه ، وهذا لأن كون الإلتلاف موجبا لا يتوقف على قصد كالذى يتلف بانقلاب التأثم عليه والحائض المائل بعد الإشهاد ، بخلاف القول على ما بيناه . قال (فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه ، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه . وكل ذلك إلتلاف ماله . قال (فإن أقر بئال لزمه بعد الحرية) لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وإن أقر بحدّ أوقصاص لزمه في الحال) لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « لا يملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق » ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا ، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تقويت منافعه فينفذ . والله أعلم بالصواب .

البلوغ ، لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال ، أما في الحال فلعدم الشهوة . وأما في المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الأخلاق وتناثر الطباع عند بلوغه حدّ الشهوة ولا علم له بذلك ، والمولى وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة انتهى كلامه . أقول : فيه بحث . أما أولا فلأن جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضرر يخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه ما يتمحض ضررا ، اللهم إلا أن يحمل كلامه هاهنا على التنزل والتسليم فتأمل . وأما ثانيا فلأنه إن أراد بالمصلحة في قوله والمولى وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال ، لأن علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال ، كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعاليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة ، فعند تقرير هاتيك العلة كيف يمكن لوالى أن يقف على تلك المصلحة . وإن أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكرها لغوا في إثبات ما نحن فيه كما لا يخفى .

لا محالة (و) الطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الأخلاق بعد البلوغ ، لكن الصبي (لا) وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال (أما في الحال) فلعدم الشهوة (وأما في المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الأخلاق وتناثر الطباع عند بلوغه حدّ الشهوة ولا علم له بذلك (و) المولى وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال ، لكن (لا) وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة ، فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته (أى المولى) بخلاف سائر العقود وقوله (وإن أتلغا شيئا) بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور ، ومعناه ظاهر . وقوله (والحائض المائل بعد الإشهاد) يعنى أنه لا قصد من صاحب الحائض في وقوع الحائض ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف الأقوال والقصد من شرطه . وقوله (فأما العبد فإقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما ، ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه » وكلامه ظاهر .

(قوله باعتبار موافقة الأخلاق) أقول : أى وجودا أو عدما (قوله لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة) أقول : يعنى أن الطلاق ليس من تلك المصالح التى توقفت عليها في الحال (قوله وقوله وإن أتلغا شيئا بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور) أقول : فيه بحث .

(باب الحجر للفساد)

(قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يحجر على الحرّ البالغ العاقل السفیه ، وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله : يحجر على السفیه ويمنع من التصرف في ماله)

(باب الحجر للفساد)

آخر هذا الباب لأن أسباب الحجر فيها تقدم عليه سببها . وسبب الحجر هاهنا مكتسب ، والسبب في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى ، ولأن الحجر في الأول متفق عليه ، وفي الثاني مختلف فيه ، والمتفق عليه أخرى بالتقديم . قال في العناية : والمراد بالفساد هاهنا هو السفه ، وهو خفة تغرى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل ، وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى . أقول : في تفسير كل من معني السفه على الوجه المذكور شيء . أما في الأول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل . إذ الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه . وعن هذا قال في المبسوط والكافي : السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجة . وأما في الثاني فهو أنه إن كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفیه ، إذ لا مسأغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد الفقهاء . ويمكن الجواب عن الأول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل ، فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لاعتدائه نفسه ولا محذور فيه لإمكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة . وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه مرتكبه بالأسان على الاتفاق ، ومنه عمل السفیه بالسفه . وأما الحجر عنه بمعنى إبطال حكم التصرف بالكلية وإن كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمر آخر وراء ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر إتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب . وقال في النهاية : ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، لا على قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا انتهى . أقول : ليس هذا الكلام بسديد ، فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحبه كقوله وإن أعتق عبدا نفذ عتقه ، وقوله ولو دبر عبده جاز ، وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا وإلجارية أم ولده ، وقوله وإن تزوج امرأة جاز نكاحها وإن سمي لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها ،

(باب الحجر للفساد)

آخر هذا الباب لأن ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه ، والمراد بالفساد هاهنا هو السفه . وهو خفة تغرى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل . وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يحجر على الحرّ البالغ العاقل السفیه ، وتصرفه في ماله جائز ، وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) كالإلقاء في البحر والإحراق بالنار (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله : يحجر على السفیه ويمنع من التصرف في ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله . ولا يصح مع المزول والإكراه كالبيع والإجارة والإقرار بالمال ، وما لا يتصل بماله كالإقرار بالحدود والقصاص أو يتصل به ، لكنه يصح مع المزول كالنكاح والطلاق والعتاق ، فالحجر لا يعمل فيه حتى يصح منه هذه التصرفات بعد الحجر

(باب الحجر للفساد)

لأنه مبذر ماله بصرفه لأعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى ، لأن الثابت فى حق الصبي احتمال التبذير وفى حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ، ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد .

وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف ، وقوله وتخرج الزكاة من مال السفه ويفتق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه . وقوله فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها ، ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها . وقوله فإن مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلث ماله ، وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا إذا كان مصلحا لماله . وإنما المسائل الخلافية بين أبى حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلاث : نثنت منها مذكورتان فى أول الباب فى الهداية والبداية : إحداهما مسألة أنه لا يحجر السفه عند أبى حنيفة ويحجر عندهما . وأخرهما مسألة أن الغلام البالغ غير رشيد إذا بلغ خسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله عند أبى حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشد ، وعندهما لا يدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشفه . وواحدة منهما مذكورة فى آخر الباب فى الهداية وحدها وهى مسألة أن يحجر القاضى بسبب الغفلة عندهما ، ومع ذلك جعل قول أبى حنيفة فى المستثنين الأولين أصلا فى الذكر وقولهما تبعاً له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هى مبنية على قولهما لا على قوله إلا المسئلة الأخيرة المذكورة فى الهداية وحدها ، فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبى يوسف ومحمد لأعلى قول أبى حنيفة . ثم أقول : لو قال بلى ذلك الكلام : ثم اعلم أن تلقب هذا الباب باب الحجر للفساد مبنى على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول أبى حنيفة فإنه لا يرى الحجر للفساد أصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لأنه مبذر ماله بصرفه لأعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي) قال صاحب العناية : واستدل المصنف بقوله لأنه مبذر ماله بصرفه لأعلى الوجه الذى يقتضيه العقل ، وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه اه . أقول : تقريره غير مطابق للمشروح ، إذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفه على الصبي قياسا تقريبا فى وجوب الحجر ، ويرشد إليه قطعا قوله فيما سياتى من قبل أبى حنيفة ، ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي ، وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطوق حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى . ثم إن صاحبى النهاية والعناية قالا : هذا الدليل الذى ذكره المصنف إنما يصح على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول الشافعى ، لأن حجر السفه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له ، وقالا : وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفه مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاست . فعند الشافعى يحجر عليه زجرا وعقوبة ، وعندهما لا يحجر عليه اه . أقول : فيه نظر لأن من كان مصلحا فى ماله لا يسمى سفيا فى عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال : وقد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع . وأما كون المصلح فى ماله إذا كان مفسدا فى دينه يسمى بالسفيه على معناه الأصل فلا يجدى نفعا هاهنا . إذ نحن بصدد بيان حكم السفه فى عرف الفقهاء بأنه لا يحجر عليه عند أبى حنيفة ويحجر عليه عند أبى يوسف ومحمد والشافعى . ولو كان الفاسق داخلا فى السفه فى عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور . فإن الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سياتى فى الكتاب (قوله ولأبى حنيفة أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد) قيل : يشكل هذا بالعبد ، فإنه مخاطب عاقل أيضا ومع ذلك يحجر عليه . وأجيب بوجهين :

على ما سيحيج . . واستدل المصنف رحمه الله بقوله (لأنه مبذر ماله بصرفه لأعلى الوجه الذى يقتضيه العقل و) كل من هو كذلك (يحجر عليه نظرا له كالصبي) فهذا يحجر عليه (بل أولى . لأن الثابت فى حق الصبي احتمال التبذير وفى حقه حقيقته ، والدليل على صحة هذا منع المال منه ، والمنع لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما يمنع من يده) وهذا الذى ذكره من الدليل إنما يصح على قولهما . فأما على قول الشافعى رحمه الله فلا يصح لأن حجر السفه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له . والفائدة تظهر فيما إذا كان السفه مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاست ، فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما (ولأبى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل) وكل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشيد) ونوقض بالعبد

وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالهائم وهو أشدّ ضرراً من التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى . حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبل الجاهل والمفتي الماجن والمسكارى المفلس جاز فيها يروى عنه ، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى ، ولا يصح القياس على منع المال لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة ، ولا على الصبي لأنه عاجز عن النظر لنفسه . وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ، ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد . قال (وإذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ؛ ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ، ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء ، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي المجاز أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقص بعد ذلك (ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ

أحدهما أنه ذكر المخاطب مطلقاً والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات المالية ، وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كاللحج وصلاة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها . والثاني أن المراد بالمخاطب في قوله إنه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام ، لأن الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله إنه مخاطب العبد لأنه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه ، هذا زبدة ما في النهاية وغيرها . أقول : بقی في كلام المصنف شيء ، وهو أن قوله عاقل بعد قوله إنه مخاطب مشترك لأن المخاطب لا يكون إلا عاقلاً ، فإن ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون

فإنه مخاطب عاقل ويحجر عليه . وأجيب بأنه قال مخاطب وهو مطلق ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والعبد ليس يكامل في كونه مخاطباً لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كاللحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ، ولو ضم إلى ذلك حرّ سقط الاعتراض (وهذا) أى عدم الحجر (لأن) في الحجر سلب ولايته و (في سلب ولايته إهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال . وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجراً له على التبذير . والحجر أبلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه . وقوله (ولا على الصبي) جواب عن قولهما اعتباراً بالصبي : أى لا يقاس السفه على الصبي (لأنه عاجز عن النظر لنفسه ، وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة بإعطاء آلة القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجري على خلافه لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد . وقوله (ومنع المال مفيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر : يعنى أن منع المال بدون الحجر مفيد (لأن غالب السفه) إنما يكون (في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أى لا يملك إلا بالقبض ، فإذا لم يكن في يده شيء بمنع عن ذلك وإن فعل لم يفد (قوله وإذا حجر الخ) تبرع على مسألة الحجر ، ومعناه أن القاضي إن حجر على السفه على رأيه ثم رفع حكمه إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه . وكان الواجب أن لا يجوز لأن قضاءه لاقى عجزاً فيه ونقصه باطل ، وإنما جاز لأن الحجر من القاضي فتوى لا قضاء ، لأن القضاء يقتضى المقضى له والمقضى عليه ولا مقضى له هاهنا . سلمنا وجود المقضى له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفه مقضياً له من حيث أن الحجر نظر له ، لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه لم يقل

(قوله وأجيب بأنه قال مخاطب الخ) أقول : ولعل الأول أن يقال : المراد بمخاطب حق تصرف يتصل بماله إذ الكلام فيه فيخرج العبد إذ لا مال له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول : فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضي إن حجر على السفه على رأيه)

تصرفه ، فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد . وقالوا : لا يدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشفه ، ولا يجوز تصرفه فيه) لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقى العلة وصار كالصبا . ولأبى حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب ، ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا . : ألا يرى أنه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ، ولأن المنع

ليس بمخاطب لا محالة (قوله وقالوا : لا يدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشفه) قال صاحب الناية : وتسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر . اه . أقول : يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الأبد على الزمان الطويل الممتد ، كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى : ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها - على المكث الطويل . فحينئذ لا تدافع بين الأبد وحتى كما لا يخفى (قوله ولأبى حنيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا ، ألا يرى أنه يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قال صاحب الناية وهذا الدليل يمكن أن يوجهه على وجهين : أحدهما : أن يقال : سلمنا أن علة المنع السفه ، لكن المعلوم هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضى أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا . لأن في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال وهو اثنا عشرة سنة . وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع . والثاني أن يجعل معارضة فيقال : ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه ، وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اه كلامه . وقد اتقنى أثره الشارح العيني . أقول : في تقرير الوجه الأول على ما ذكرناه خلل ، إذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وإدعاء أن المعلوم هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلوم عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتأديب مع تحقق السفه بعدها أيضا ، ولا شك أن يتخلف المعلوم عن العلة باطل ، ولهذا قال في دليل الإمامين : فيبقى ما بقى العلة ، فاعتبار التأديب مع المنع في جانب المعلوم باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال . والصواب عندى في تقرير الوجه الأول أن يقال : إن علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب ، فإذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء أحد جزئيهما وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعلوم الذى هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع . فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولأن المنع

به فصار محلا للقضاء يحتاج إلى إضفاء . فلو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضى الحاجر أو إلى غيره قضى ببطالان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع إلى قاض آخر نفذ بإطاله لاتصال الإضفاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك . ثم إن عند أبى حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام سفيما منع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لأنه لا يجبر عليه عنده ، فإذا بلغ ذلك سلم إليه ماله وإن لم يؤنس الرشد منه . وقالوا : لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس منه رشفه . وتسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر (ولا يجوز تصرفه في ماله ، لأن علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا . ولأبى حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين : أحدهما أن يقال : سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلوم هو المنع من حيث التأديب . وهذا يقتضى أن يكون محلا للتأديب ، ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لأنه في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال وهو اثنا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع . والثاني أن يجعل معارضة فيقال : ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه ، وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ (قوله ولأن المنع) دليل آخر . وتقديره أن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشفه باعتبار أثر الصبا . لأن العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقد ذكرنا ذلك بخمس وعشرين سنة ، ولأن مدة البلوغ من حيث السن

أقول : التفسير في رأيه راجع إلى القاضى (قوله فصار محلا) أقول : يعنى فصار نفس انتفاء محلا الخ (قوله وتسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر) أقول : أراد بالأبد الزمان المديد بقرينة قوله سوى .

باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ، ولهذا قال أبو حنيفة : لو بلغ رشيدا ثم صار سفيا لايمنع المال عنه لأنه ليس بأثر الصبا ، ثم لا يتأتى التفريع على قوله وإنما التفريع على قول من يرى الحجر . فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه ، وإن كان فيه مصلحة أجازة الحاكم لأن ركن التصرف قد وجد . والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه ، كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده .

باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ . وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فإن قيل : الدفع معلق بإناس الرشد فالمراد بوجود لا يجوز الدفع إليه . وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا لعدم عند عدم . سلمناه ، لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه ، وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناها في الأصالة . أقول : الظاهر أن كونه متناها في الأصالة عند وصوله إلى تلك المدة لا يقتضي رشفه لحصول ذلك في المجنون أيضا مع عدم تصور الرشد فيه . سلمناه . لكنه لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة مع أنه إذا بلغ خسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد . اللهم إلا أن يراد بالرشد هناك الرشد الكامل : لكن لا يساعده اللفظ وبأباه دليله ، تأمل توقف (قوله لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف لناظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه) قال في العناية : استدلل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز . ورد بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل . وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل والسفه لا ينفيه . فإن قيل : فعلام التوقف ؟ أجاب بقوله للنظر له ، فإن الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ، إلى هنا لفظ العناية . ورد بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف وجد حيث قال : هذا إنما يدل على الجواز فقط اه . أقول : يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية هاهنا على أن المصنف استدلل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف قد وجد الخ : أي استدلل على الجواز بقوله لأن ركن التصرف قد وجد ، واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ ، فحصل

ثمان عشرة سنة ، وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ . وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار إليه عليه الصلاة والسلام بقوله « روا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا » (ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : لو بلغ رشيدا ثم صار سفيا لايمنع عنه المال لأنه ليس بأثر الصبا) فإن قيل : الدفع معلق بإناس الرشد فالمراد بوجود لا يجوز الدفع إليه . وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا لعدم عند عدم . سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه ، وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناها في الأصالة . قال (ثم لا يتأتى التفريع على قوله) أراد أن التفريع الذي ذكره القلوبي في مختصره بقوله فإذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبي حنيفة رضى الله عنه (وإنما التفريع على قول من يرى الحجر . فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع لتظهر فائدة الحجر عليه) فيكون موقوفا (فإن رأى الحاكم فيه مصلحة) بأن كان يمثل القيمة أو كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده (أجازة) وإن كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه ، لأن فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البذل . واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لأن ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز . ورد بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل . وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم . فإن قيل : فعلام التوقف ؟ أجاب بقوله (للنظر له ، فإن الحاكم نصب ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ،

(قوله سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه) أقول : المطلق ينصرف إلى الكامل كما سلف من الشارح في أواخر الصفحة السابقة ، وجوابه ظاهر ، فإنه مذكور سندا للفتح هنا ، ويمكن الاحتمال فيه (قوله أو كان البيع خاسرا) أقول : فيا بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول : هنا إنما يدل على الجواز فقط ، ثم المراد من قوله الجواز الاستفاد .

ولوباع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لأنه لابد من حجر القاضي عنده ، لأن الحجر دائري بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي . وعند محمد لا يجوز لأنه يبلغ محجورا عنده ، إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا ، وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيا (وإن أعتق عبدا نفذ عتقه عندهما . وعند الشافعي لا ينفذ . والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه المزل يؤثر فيه الخ وما لا فلا ، لأن السفه في معنى المازل من حيث أن المازل يخرج كلامه لاعلى نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لتقصان في عقله . فكذلك السفه والعنى مما لا يؤثر فيه المزل فيصح منه .

من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وإن كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط . ولما أتبعه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح للذكره مع جوابه فوق الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه المزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا . إلى قوله : والعنى مما لا يؤثر فيه المزل فيصح منه) قال في العناية : وفيه بحث من أوجه : الأول أن السفه لو حث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي . وكذا لو نذر يهدى أو غيره لم ينفذه ، فهذا مما لا يؤثر فيه المزل بقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدهن جد » وهن جد « وقد أثر فيه الحجر بالسفه . والثاني أن المازل إذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية ، فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه . والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق المازل . والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لتقصان في العقل . والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإلتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور ، لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر . وعن الثاني ماسيجى . في الكتاب . وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اهـ . أقول : في الجواب عن الأول وعن الثاني على

ولو باع السفه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه لابد من حجر القاضي عنده لأن الحجر دائري بين الضرر (وهو إهدار آدميته والنظر) له في إبقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجح وهو القضاء . وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنه يبلغ محجورا) عليه (عنده إذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيرتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيا) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضى القاضي . وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه (وإن أعتق عبدا) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، فلم يخص قولهما بالذكرا احترازا عن قوله لأن عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لأنه لا تأثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والإقراض بالمال . وعن قول الشافعي فإنه يقول : لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (و ذكر أن) الأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه المزل يؤثر فيه الحجر ، وما لا فلا لأن السفه في معنى المازل (لامن كل وجه) بل من حيث أن المازل يخرج كلامه لاعلى نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لتقصان في عقله فكذلك السفه والعنى مما لا يؤثر فيه المزل فيصح منه وفيه بحث من أوجه : الأول أن السفه لو حث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي . وكذا لو نذر يهدى أو غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه المزل لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد » وهن جد « وقد أثر فيه الحجر بالسفه . والثاني أن المازل إذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية ، فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه . والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق المازل ،

(قوله بل احترازا عن قولنا الخ) أقول : فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات ، بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس إلا كما يدل عليه تصريحه بجلال الشافعي (قوله وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول : لا يحمل إمتاعه عن

والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق ، والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفه (و) إذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض . وعن محمد أنه لا تجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقاً لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحن غير العتق (ولو دبر عبده جاز) لأنه يوجب حتى العتق فيعتبر بحقيقته إلا أنه لا تجب السعاية مادام المولى حياً لأنه باق على ملكه ،

الوجه المذكور بحث أيضاً . أما في الجواب عن الأول فلأن حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفه ، وهذا لا يبدى شيئاً في دفع البحث الأول ، لأن حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولها إن كل تصرف يؤثر فيه المزل يؤثر فيه الحجر ، ومالا فلا ، بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير المزل في شيء منها ، فما ذكر في الجواب يقوى البحث فضلاً عن أن يدفعه . وأما في الجواب عن الثاني فلأن ما سيجيء في الكتاب هو قول الصنف ، لأن الحجر لمعنى النظر ، وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ، ولا يذهب عليك أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المعترية في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً ، بل يقويه كما عرفت آنفاً . ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث ، والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث ، إذ هذا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك به . أقول : كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل . فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل هاهنا من الاشتراك في اللمة ، وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفه ، كما أن المعنى المذكور

والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لالتقصان في العقل . والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإللاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور ، لأن في تنفيذها إضاعة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر . وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب . وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فإنه لا يزيل الخطأ ولا يخرج من أن يكون أهلاً لإلزام العقوبة باللسان باكتساب سبها ، كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالرقيق ، والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفه) قلنا : ليس السفه كالرق لأن حجر الرق لحن الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه ، حتى أن تصرفه فيما لاحق للغير فيه نافذ كالإقرار بالحدود والقصاص . وهاتنا لاحق لأحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذاً (فلذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض) لأجل النظر لغرامته أو ورثته ، فلذا أعتق المريض عبداً وجب عليه السعاية لغرامته في جميع قيمته أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر إلى آخر التكتة (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية ، لأنها لو وجبت لوجب حقاً لمعتقه ، وذلك غير مهود في الشرع وإنما المهود أن يجب لغير العتق) كما في إعتاق أحد الشريكين فإنه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز ، لأن التدبير يوجب حتى العتق فيعتبر بحقيقته) لأنه لما ملك إنشاء حقيقة العتق فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى (إلا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى لأنه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

كفارة يمينه لأنه ينفذ إعتاقه أسلاً فإنه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفه الحائث الصوم كالمعسر إذا حنث في يمينه أو ظاهر عن امرأته (قوله والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به الخ) أقول : فيه بحث ، إذ هذا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول : ولا ينقض بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله .

وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لأنه عتق بموته وهو مدبر ، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه بثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له) لأنه يحتاج إلى ذلك لإبقاء نسله فألحق بالمصلح في حقه (وإن لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها ، وإن مات سعت في جميع قيمتها) لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس له شهادة الولد . بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها . ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل . قال (وإن تزوج امرأة جاز نكاحها) لأنه لا يؤثر فيه الهزل ، ولأنه من حوائجها الأصلية (وإن سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لأنه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لأنه لا ضرورة فيه ، وهذا التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمرضى مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا .

في الكتاب لا يوجد في المازل على زعم صاحب البحث الثالث . ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير المزبور راجع إلى حق

(فإن مات ولم يؤنس منه رشد يسعى في قيمته مدبرا لأنه عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا) ألا يرى أن مصلحا لو دبر عبده في محنته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه . قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قنا ، لأن العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو أعتقه . وأجيب بأن الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله ، إلا أنه جعل هاهنا سببا قبله ضرورة فلا تظهر سببته في إيجاب السعاية عليه قنا ، وإنما تظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها . قيل سامنا ذلك . لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لأن التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك . وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير . ألا يرى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له لاحتياجه إلى ذلك لإبقاء نسله) و (إبقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته فألحق السفه بالمصلح في حق الاستيلاء ، فإن مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لاسبيل عليها لأحد وإن مات مديونا (وإن لم يكن معها ولد) أي إن لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد) لأن الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها ، وإن مات سعت في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية ، إذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسمى في قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها) في إبطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل) يعني أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ . قال (وإن تزوج امرأة جاز نكاحها) كلامه واضح ، وقوله (وصار كالمرضى مرض الموت) يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة ، إلا أن الزيادة في المرضى تعتبر من الثلث وهاهنا غير معتبرة أصلا . وقوله (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة) يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بمهر في عقد واحد أو في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فإنه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة (لما بينا) يعني قوله لأنه من ضرورات النكاح ، وبهذه المسئلة اعتضد أبوحنيفة رحمه الله على أنه

(قوله إلا أنه جعل هاهنا سببا قبله ضرورة) أقول : أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الأهلية فإنها تزول بالموت (قوله لأنه من ضرورات النكاح) أقول : والظاهر أنه يشير به إلى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته مقدار مثل مهر المثل وبطلان الفضل (قوله وبهذه المسئلة اعتضد أبوحنيفة) أقول : قال الإقناني : لكنهما يقولان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق ، لأن السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا ، وليس في المطلق قبل الدخول على وجه لا يصل إليه لذة أو راحة فغرض ، وبعد الدخول إن تحقق غرض ، لكنه محصور لا يتصور فيه المجاوزة حده ، والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب ، أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفه ، لأن طريق رده أن يلحقه بالمأزول ، والمأزول والمأزول في هذا سواء انتهى ، وفيه تأمل .

قال (وتخرج الزكاة من مال السفية) لأنها واجبة عليه (ويشترى على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه) لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه ، والإنفاق على ذى الرحم واجب عليه لقربته ، والسفية لا يبطل حقوق الناس . إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها . لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة . لكن يبعث أمينا معه كي لا يصرفه في غير وجهه . وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته . وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله ، فلو فتحنا هذا الباب يئذر أمواله بهذا الطريق ، ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله . قال (فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها) لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضى النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج يتفقها عليه في طريق الحج) كي لا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها ، بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القرآن) لأنه لا يمنع من أفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) نحرزا عن موضع الخلاف ، إذ عند عبد الله بن عمر رضى الله عنه لا يجوز غيرها وهي جزور أو بقرة . قال (فإن مرض أو وصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثة) لأن نظره فيه إذ هي حالة

المازل في قوله لا في حق المازل . فالمعنى والذي يصح في حق المازل أن يقال لقصدته اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ، إذ ذكر

لا فائدة في الحجر عليه لأنه لا يسد باب إتلاف المال عليه بهذا الطريق . بل هذا أضّر له من إتلافه بطريق المبة إذ هو يكتسب المحمدة في البر والإحسان والمثمة في الزوج والطلاق ، قال صلى الله عليه وسلم «لن الله كل ذواق مطلق» قال (وتخرج الزكاة من مال السفية) والأصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالأزكاة وحجة الإسلام ، أو كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهذا والمصلحة فيه سواء . لأنه مخاطب وبالسفية لا يستحق النظر في إسقاط شيء من حقوق الشرع عنه . ولا يبطل شيئا من حقوق الناس ، لكن لا يصح قوله في القرابة حتى يقيم البيئة عليها وعسرة القرب ، لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه فلا يلزم إقراره شيئا إلا في الولد ، فإن الزوجين إذا تصادقا على النسب قبل قولهما لأن كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب ، والسفية لا يؤثر في منع الإقرار بالنسب لكونه من حوائجه . لكن لا بد من إثبات عسرة المقر له ، والإقرار بالزوجة صحيح ويحب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أى ما ذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعنى ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر بمينه وظهاره بصوم) لكل حدث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل طهار شهرين متتابعين . وإن كان مالكا للمال حال التكفير (لأنه) أى كل واحد (مما يجب بفعله) إذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير يفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر . فإن قيل : التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقية فأنى يصح مع القدرة عليها ؟ أجيب بأن الاستطاعة متفتية . لأن دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفية كما تقدم ، ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله وإن أراد حجة الإسلام) واضح . وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك ، والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر ، لأن العمرة عندنا تطوع . كما لو أراد الخروج للحج تطوعا ، فإن جنى جنابة ، فإن كانت مما يجزئ فيه الصوم فعليه الصوم ليس إلا ، وإن لم يكن ولزمه الدم يؤدى إذا أصليح (فإن مرض أو وصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالبا تكون في المرض ، فإن السفية الصحيح

(قوله قال عليه الصلاة والسلام «لن الله كل ذواق مطلق») أقول : لسبلة النساء (قوله فلا يلزم إقراره شيئا إلا في الولد الخ) أقول : في غاية البيان ثم لا يصح السفية في إقراره بالنسب إذا كان رجلا إلا في أربعة أشياء : فالولد والوالد والزوجة ومولى المتأقعة ، وإن كانت المفدة امرأة فإنها تصدق في ثلاثة أشياء : بالوالد والزوجة ومولى المتأقعة انتهى ، فتنبه لما بينهما من المخالفة .

انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوبا ، وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى . قال (ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الأصلي والطارئ سواء) وقال الشافعي : يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفينة ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده . ولنا قوله تعالى - فإن آتستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم - الآية . وقد أونس منه نوع رشد ففتناؤه النكرة المطلقة . ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف ، وقد قررناه فيما تقدم ،

في الكتاب ، فإنه إنما يصح في حق السفينة فقط ، ، فحينئذ لا يكون لبث ذلك القاتل وجه كما لا يخفى (قوله ولنا قوله تعالى - فإن آتستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم - الآية وقد أونس منه نوع رشد ففتناؤه النكرة المطلقة) قال في النهاية وفي الميسر : فقوله تعالى - رشدا - منكر في موضع الإثبات ، والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تعم ، فإذا أوجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال إليه انتهى . أقول : تقرير دليل أئمتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكتاب . وفي الميسر : ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفينة المصلح في دينه دون ماله فإنه يحجر عليه عندهما كما مر . مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه ، ففتناؤه النكرة المطلقة فيجب أن يدفع إليه أيضا ماله . والأظهر في تقرير استدلال أئمتنا بالآية المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في الميسر حيث قال : ولأن الرشد في المال مراد بالإجماع ، فلا يكون الرشد في الدين مراد كما لا يتم النكرة المطلقة . أو لأن الدفع معلق بإيئاس رشد واحد لأنه نكرة في موضع الإثبات ، فلا يكون الرشد في الدين مرادا لأنه حينئذ يكون معلقا برشدتين انتهى فتدبر (قوله ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف) أقول : يرد النقض بالسفينة المصلح في دينه دون ماله على قولها لا محالة ، لأن الإسلام فيه أيضا متحقق بل فيه أقوى ، فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون واليا للتصرف أيضا غير

إذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض ، والقياس ينفيها كما لو تبرع في حياته ، واستحسنوا فيها إذا وافق الحق وما يتقرب به إلى الله تعالى أن يكون من الثلث ، لأن نظره فيه لأن وجوبها بعد وقوع الاستثناء من المال في أمر دنياه ، وحينئذ لا ينظر له في المانع وإنما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك (وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فن ذلك ما قال : إن الذي بلغ سفينة والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنع عندنا سواء ، إلا في أربعة مواضع : أحدها أنه يجوز للأب ولوصي الأب أن يتصرف على الصغير يشترى له مالا ويبيع ، ولا يجوز تصرف الأب ولا وصي الأب على البالغ السفينة إلا بأمر الحاكم . والثاني أنه يجوز نكاحه . ولا يجوز نكاح الصبي العاقل . والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ، ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه ، والرابع أن الذي لم يبلغ إذا دبر عبده لا يصبح تديره : وهذا السفينة إذا دبر عبده صح تديره (قوله ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا ، والفسق الأصلي والطارئ سواء . وقال الشافعي رحمه الله : يحجر عليه) ومبنى هذا لاختلاف على أن الحبر عنه الزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وإن كان مصلحا لماله . وعندهما لا ينظر له في ماله فإذا أصلح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لأن الله تعالى قال : - فإن آتستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم - الآية) نكرا الرشد وهو بإطلاقه يتناول القليل منه والكثير ، ومن أصلح في ماله فقد أونس منه رشد (ولأنه أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم) يعني في أول كتاب النكاح .

(قوله إلا في أربعة مواضع) أقول : يعني سوى الوصية حيث علم حالها (قوله نكر الرشد وهو بإطلاقه يتناول القليل منه والكثير) أقول : وللخمس أربعين مستمدا بانصراف المطلق إلى الكمال (قوله ومن أصلح في ماله) أقول : وكذا من أصلح دينه دون ماله كالمطل ، فا ذكره ينتقض به فتأمل .

ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له .

(فصل في حد البلوغ)

محجور عليه كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويحجر القاضى عندهما أيضا ؛ وهو قول الشافعى بسبب الغفلة ، وهو أن يغبن في التجارات الخ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فإنه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات ، بل قال له « قل لا خلافة لي الخيار ثلاثة أيام » فأثبت له البيع بشرط الخيار وما حجر . وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى - ولا توتوا السفهاء أموالكم - لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ، كذا ذكره تاج الشريعة . قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب . ورد بأن ذلك المنع المال وليس النزاع فيه ، وإنما النزاع في الحجر انتهى . وقال بعض الفضلاء : ويجوز أن يقال : يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وإن لم يفد المنع كما سبق من دليلهما . اهـ . أقول : ويجوز أن يرد هذا أيضا بأن الحجر أبلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم الحجر على السفيه ، فأني يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وأن منع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات . وذلك يقف على اليد كما مر هذا أيضا في دليله جوابا عن قولها المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل هاهنا وإن لم يفد المنع كما سبق من دليلهما . وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت : فيه نظر . لأن في حديث حبان بن منقذ نوع حجر ، لأنه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم . اهـ . أقول : ليس ما قاله بشيء ، إذ لا شك أنه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شيء . بل فيه إرشاده إلى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع ، وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور في البيوع المطلقة يشعر باعتراضه أيضا بأنه لم يصبر محجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي ما قاله شيئا هاهنا ، ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة : أى في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا تنفع لما في دفع مادة الاعتراض هاهنا فإن مذهب الإمامين والشافعى أن يحجر القاضى على المغفل في بيعه مطلقا : أى سواء شرط فيها الخيار أم لا ، فيرد عليه أن الحجر على المغفل في بيعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ .

(فصل في حد البلوغ)

البلوغ في اللغة الوصول ، وفي الاصطلاح : انتهاء الصغر . ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بد من بيان

(ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى على من ليس بسفيه لكنه متغفل) يعنى في التجارات (ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فإنه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له صلى الله عليه وسلم « قل لا خلافة لي الخيار ثلاثة أيام » وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى - ولا توتوا السفهاء أموالكم - لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد . ورد بأن ذلك المنع المال ، وليس النزاع فيه ، وإنما النزاع في الحجر : والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فصل في حد البلوغ)

البلوغ في اللغة : الوصول . وفي الاصطلاح : انتهاء حد الصغر . ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه ،

(قوله ورد بأن ذلك لمنع المال) أقول : ويجوز أن يقال : يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وإلا لم يفد المنع .

(فصل في حد البلوغ)

قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ) . فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة ، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل . فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة . وهذا عند أبي حنيفة وقالوا : إذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا ، وهو رواية عن أبي حنيفة . وهو قول الشافعى . وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة . وقيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف . وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة ، أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال . وكذا الحيض فى أوان الحبل . فجعل كل ذلك علامة البلوغ ، وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة . وفى حق الجارية تسع سنين . وأما السن فلمهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيها عن هذه المدة . وله قوله تعالى - حتى يبلغ أشده - وأشد الصبي ثمانى عشرة سنة ، هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتيبي . وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به . غير أن الإناث نشوهن وإدراكهن أسرع فنقصنا فى حقهن سنة لاشتغالها على الفصول الأربعة التى يوافى واحد منها المزاج لاحتلاله . قال (وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره فى البلوغ فقال قد بلغت . فالتقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرا . فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قيل قولهما فيه ، كما يقبل قول المرأة فى الحيض .

انتهائه . وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه . فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول : يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوى . وهو أنه لا شك أن المتيقن به فى بلوغ الصبي رشده إنما هو أكثر ما قيل فى أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه . لأنه إذا بلغ الأكثر منها فقد بلغ الأقل منها دون العكس . نعم وجود الأقل فى نفسه لا يستلزم وجود الأكثر ، بخلاف العكس ، لكن ليس الكلام هاهنا فى وجود مدة فى نفسها بل فى كون تلك المدة أشد الصبي . والمتيقن به فيه إنما هو أكثر ما قيل فى أشده بلا ريب ، ثم لم يأت أحد من الشراح حام حول هذا الإشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية . فأنهما قالا : فإن قيل : ينبى أن يقال بالأكثر لأنه المتيقن ، إذ الأدنى يكون فى الأكثر دون العكس . قلنا : أول الآية - ولا تقربوا مال اليتيم - إلى قوله - حتى يبلغ أشده - والله تعالى مد الحكم إلى غاية الأشد . وأقل ما قيل فى تفسيره ثمانى عشرة سنة وهو المتيقن . إذ لو مد إلى أقصاه لابد أن يمد إلى ثمانى عشرة ، ولو مد إليها لا يكون يمتد إلى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا فى كون الحكم

وهذا الفصل لبيان ذلك . قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحلم بالضم ما يراه النائم ، يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ ، والأصل هو الإنزال ، قال الله تعالى - وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم ، فإن لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة ، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل ، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، وقالوا : إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا ، وهو رواية عنه وهو قول الشافعى رحمه الله . وكلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح ، وإنما قال : وهذا أقل ما قيل فيه لأن بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضى الله عنه (قوله وإذا راهق الغلام أو الجارية) يقال : رقه : أى دنا منه . وصبي مراهم أى دان للحلم (وأشكل أمره فى البلوغ ولم يعلم ذلك إلا منه فقال قد بلغت فالتقول قولهما) ثم قيل : إنما يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثنتى عشرة سنة أو أكثر ، ولا يقبل فيها دون ذلك لأن الظاهر يكذبه . وقد أشار إلى ذلك بقوله : وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين ، والله أعلم .

(باب الحجر بسبب الدين)

(قال أبو حنيفة : لا أحجر في الدين ، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرامؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص .

متدا إليها فينبى الحكم عليه انتهى . أقول : في الجواب نظر : لأن الأشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق ، وغايته كما يدل عليه قطعاً قوله تعالى - حتى يبلغ أشده - فمجرد دخول مدّة الحكم السابق إلى ثمانى عشرة في مده إلى أقصى ما قبل في تفسير الأشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيها إذا مد الحكم إلى أقصاه أيضاً ، وإنما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الأشد بل من حيث وجودها في نفسها ، والمطلوب هاهنا هو الأول دون الثانى ، فلا يتم التقريب . والحق في أصل التعليل أن يقال : وهذا أقل ما قبل فيه . فينبى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافى والتبيين ، إلا أنه قال في الكافى بعد قوله للاحتياط : ولأنه متيقن به ، وأما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الأصوب .

(باب الحجر بسبب الدين)

تلقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد إما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الحد من علم القرائض ، لأن أبا حنيفة لا يرى شيئاً منها ، وأما على قولهم جميعاً بناء على تعلق نظر كلهم بذلك لإثباتاتها وتقياً منه . ثم إن الحجر بسبب الدين لما كان مشروطاً بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد ، فصار بالنظر إلى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم أثر تأخير عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله : لا أحجر في الدين ، وإذا وجب ديون على رجل وطلب غرامؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه ، لأن في الحجر عليه إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام : وأبو حنيفة لا يجوز له لأن فيه إهدار أهليته ، وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للأدنى انتهى . أقول : لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الأعلى للأدنى لا يناسب ما قبله من المتقدمين بل ينافيه في الظاهر . فكان حق العبارة أن يقال : فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد ، وأشار إليه هاهنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص ، وعن هذا قال بعض الفضلاء : ولعل العبارة فلا يرتكب . وقوله فلا يترك

(باب الحجر بسبب الدين)

الدين أيضاً من أسباب الحجر عندهما . لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم أثر تأخير عنه . وينبى للقاضى أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطاً لنفى التجاحد إن وقع ، وأن يبين أن الحجر كان بسبب الدين لأنه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غيره ، حتى يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ . وأن يبين من الحجر لأجابه باسمه لأنه يرتفع بإبراء الغريم ووصول حقه إليه فيحتاج إلى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوز له لأن فيه إهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال ، فلا يترك الأعلى للأدنى . فإن قيل : إهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن . وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا في شخص واحد . فالجواب أن ضرر الدائن يتدفع بالحبس لا بحالة . والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعاً ، ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الحبس

(باب الحجر بسبب الدين)

(قوله فلا يترك الأعلى للأدنى) أقول : فيه بحث ، ولعل العبارة فلا يرتكب ، وقوله فلا يترك سمو من التناسخ (قوله وإنما يكون الأول أعلى الخ) أقول : في المحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول : من ضرر الدائن (قوله وإهدار الأهلية أعلى الخ) أقول : فيه بحث

(فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع حجر . ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

سهو من الناسخ انتهى . ثم أقول : يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه : الأول أن يحمل المراد بالأعلى في قوله فلا يترك الأعلى للأدنى على أهلية المدين لا إهدار أهلية ، وبالأدنى على المالب نفسه لا على ضرره ، يرشد إليه أنه قال للأدنى ولم يقل لدفع الأدنى كما قاله المصنف . ولا شك أن كون إهدار أهلية ضررا فوق ضرر المال إنما هو بسبب كون أهلية أعلى : أي أشرف ، وكون المال أدنى : أي أخس ، فإن ضرر فوت الأشرف فوق ضرر فوت الأخس لا محالة . فإن قلت : المطابق لقوله في السؤال الآتي وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى إهدار الأهلية وبالأدنى ضررا يقابله . قلت : تطابق ما في الموضعين في حيز المراد غير لازم ، فإن علو نفس الأهلية شرفا وعلو إهدارها ضررا متلازمان ، وكذا دناءة نفس المال ودنائة ضرره ، فجاز أن يراد بالأعلى والأدنى في موضع نفس الأهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررها ، ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل . والثاني أن يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الأعلى للأدنى فلا يبقى الضرر الأعلى لأجل الضرر الأدنى : أي لأجل دفعه ، ويجيء الترك بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله جل اسمه . وتركنا عليه في الآخرين . أي أبقينا . نص عليه في التماموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون : ترك على حاله ، ووقع في كلام المصنف أيضا في هذا الباب حيث قال : ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويبيع الباقي . فإن قلت : معنى الإبقاء لا يناسب هذا المحل . لأن المتبادر من نفي إبقاء إهدار الأهلية تحقق إهدارها أولا ، إذ البقاء فرع التحقق ، ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز إهدار أهلية الإنسان رأسا لأن فيه إلحاقه بالأنهم . قلت : لا نسلم تبادل ذلك في صورة النفي ، وكون البقاء فرع التحقق إنما هو في الثبوت . ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام . والثالث أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى . لئلا يعلم أهل الكتاب . وفي قوله تعالى . لا أقسم بهذا البلد . وغيرها من الأمثلة . فإن قلت : قد عينت مواقع زيادة لا في أكثر كتب النحو : أحدها مع الواو بعد النفي . وثانيها بعد أن المصدرية . وثالثها قبل القسم على قلة . ورابعها مع المضاعف على الشذوذ ، وما نحن فيه ليس منها في شيء . قلت : ذكر ابن هشام في معنى الليب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل ، وعد منها قوله تعالى . وما يشعركم أنها إذا جاءت لا يؤمنون . فيمن فتح الحزمة . وقال : فقال قوم منهم الخليل والقارسي لا زائدة ، وإلا لكان علوا للكفار ، وعد منها أيضا قوله تعالى . وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون . وقال فقيل لا زائدة ، والمعنى ممنعت على أهل قرية قلدرنا إهلاكهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر إلى قيام الساعة . ولا يخفى أن هذين للموضعين ليسا من المواقع الأربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه ، فكفى بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه . فإن قلت : لا ينتمى حينئذ آخر الكلام وهو قوله للأدنى ، إذ لا معنى لأن يقال : يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى ، فإن ترك الضرر الأعلى ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه . ثم إن هذا إذا لم يكن معنى قوله للأدنى لدفع الأدنى ، وأما إذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر . إذ يصير المعنى إذ ذاك فيترك الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لا يتحمل شيء من الضررين ، وليس كذلك قطعا . قلت : يمكن نظم ذلك بأن يحمل اللام في قوله للأدنى على معنى عند . فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تيسر الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرين . وهذا معنى مستقيم كما ترى ، ويجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في معنى الليب ومثله بقولهم كتبته لخمس خلون ، وقال : وجعل منه ابن جني قرادة قوله تعالى

فيكون أعلى من ضرر الدائن ، وإذا كان كذلك (فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ،

(قال المصنف : ولأنه تجارة لا عن تراض الخ) أقول : قال الله تعالى . ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض .

بل كذبوا بالحق لما جاءهم - بكسر اللام وتخفيف الميم اه . والإنصاف أن هذا الوجه أبعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية هاهنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الإمكان على القواعد العقلية والعقليات . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : إهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن ، وإنما يكون الأول أعلى لو كان في شخص واحد . فالجواب أن ضرر الدائن يتدفع بالحبس لا بحالة ، والحبس ضرر يلحق المديون مجازة شرعا ، ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن اه كلامه . أقول : حاصل السؤال منع كون إهدار أهلية المديون أعلى ضررا من ضرر الدائن مستندا بكونهما في شخصين دون شخص واحد . وحاصل الجواب إثبات المقدمة المنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا . تقريره أن إهدار الأهلية أعلى ضررا من الحبس ، والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج أن إهدار الأهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة . وهي أن الأعلى من الأعلى من الشيء أعلى من ذلك الشيء ، ولا شك أن هذا القياس يقتضي كون إهدار الأهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وإن كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند ، ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور أولا بما حاصله أن ضرر الدائن يتدفع بالحبس ، ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذلك . ثم ذكر المقدمة الأولى والنتيجة لظهورها بلا بيان . ثم أقول : في الجواب بحث . أما أولا فلأن قوله إن ضرر الدائن يتدفع بالحبس لامحالة في حيز المنع لحوازي أن يختار المديون الحبس أبدا ولا يوفي حتى الدائن فلا يتدفع حينئذ ضرر الدائن . وأما ثانيا فلأن الحبس لو كان أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى كما هو الأثاث في إثبات مذهبه في هذه المسئلة ، مع أن الحبس جائر بالإجماع ومتعين عند أبي حنيفة . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المديون الحبس الأبدى مع قدرته على أداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة إلا بغاية الندرة . ومبنى الأحكام الشرعية على الغالب الأكثر . وعن الثاني بأن الحبس ليس بمجرد دفع ضرر المال عن الدائن ، بل هو مع ذلك جزءا لظلم المديون الدائن بالمعاطلة ، وقد صرح المصنف في فصل الحبس من قضاء القضاء بكون الحبس من جزاء المعاطلة حيث قال : وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه ، لأن الحبس جزءا المعاطلة فلا بد من ظهورها وأشار إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله : والحبس ضرر يلحق المديون مجازة شرعا ، ولعل قصده الإشارة إليه كان باعتبار على ذكره هذه المقدمة أثناء الجواب ، وإلا فلا مدخل له أصلا في إثبات المقدمة المنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق ، فإذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لا مجرد دفع هذا الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى يتقضى به قول أبي حنيفة لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى . فإن قلت : هب أن الحبس ليس بمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المعاطلة بما لكن يتدفع به ظلم المعاطلة أيضا كما فصيح عنه قول المصنف فيما بعد ، ولكن بحسبه أبدا حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الفراءم ودفعًا لظلمه اه . فبقيا المقدمة المذكورة في الجواب الثالثة : ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن ، يقال : ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المعاطلة لما اندفع به ذلك الظلم ، فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المعاطلة أيضا فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى بالحبس . قلت : المتدفع بالحبس ظلمه الآتي وهو المراد بقول المصنف فيما بعد دفعًا لظلمه لظلمه الماضي ، إذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المعاطلة لأنه عرض لا يتيقن ، والذي جعل الحبس جزاء له إنما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يتمشى النقض بالنظر إلى مجازاة ظلمه الماضي كما لا يخفى . وثمن سلم

(ولكن يحبس أبدأ حتى يبيعه في دينه) إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه (وقالوا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ،

كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقاً ومن ضرر الدائن فتقول : إن قوله لا يتحمل الأعلى الدفع الأدنى قول على موجب القياس :
والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في فصله وفصلوه فيترك به القياس . بخلاف الحجر بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجوز فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعاً . لا يقال : الحجر بسبب الدين أيضاً ثبت بالنص وهو ما روى «أن معاذاً ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالخصص» كما ذكر في البدائع والتمييز وبعض شروح هذا الكتاب دليلاً على قول الإمامين في هذه المسئلة . لأننا نقول : أجابوا عنه في تلك الكتب أيضاً عن قيل أبي حنيفة بأن بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان بإذنه ، استعان بالنبي عليه الصلاة والسلام . وقالوا : والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره وأبى ، ولا يظن بمعاذ رضى الله عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال في البدائع : مع ما روى «أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضياً ببركته» اهـ . فظهر أنه لانص يدل على جواز الحجر بسبب الدين ، فتعين أن المدار فيه هو القياس . وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الأمرار التي وقت لها بتوفيق الله تعالى . ثم إن من العجائب هاهنا أني قد ابتليت في زمان من الأزمان بأن أمتحن مع بعض من حدّ من الأهالي والأعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة : الهداية . وشرح الواقف . وشرح المفتاح . فانفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب . فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لو في قول صاحب العناية في الجواب : ولو لم يكن أعلى ، اندفع به ضرر الدائن وصلياً ، فجعل كلمة أعلى مضافة إلى كلمة ما ، وجعل كلمة ما موصولة ، فبني على هذا الاستخراج خرافات من الأوهام . فلما عرض ذلك على الصلدين اللذين كانا حكيمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشعنا عليه جداً . ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصرّ عليه ، وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الأمر حتى كاد تقع فتنة عظيمة ، والله دمر من قال : رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعدّ طوره (قوله ولكن يحبس أبدأ حتى يبيعه في دينه) أقول : يرد على ظاهر عبارة المصنف هاهنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها في أوائل باب الحجر بالتساقط بأن قال : تسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر . ويمكن توجيه عبارته هاهنا أيضاً بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الأبد على الزمان الطويل الممتد . ويمكن هاهنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى هاهنا بمعنى كى دون إلى ، فيصير معنى الكلام : ولكن يحبس أبدأ ليكون سبباً لبيعه ، فلا مسامحة في الجمع أصلاً إذ المسامحة إنما هي في الجمع بين الأبد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى ، ثم لا يقصد بالأبد معنى الدوام البتة ، ولكنه أمر آخر وراء المسامحة في الجمع تأمل توقف (قوله وقالوا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه) أقول : لقائل أن يقول : لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلساً ، بل يجوز الحجر على الغنى أيضاً عندهما نظراً لغرمائه ، بل الحجر بسبب الدين إنما يفيد فائدته في حق الغنى دون المفلس كما لا يخفى على القطن . فذكر المفلس في وضع المسئلة محل بحث ، لا يقال : قد ذكر في النهاية وغيرها نقلاً عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال : مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالإفلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالإفلاس لا يصح حجره بلا خلاف ، والإفلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالإفلاس وبالحجر بناء عليه . وعند أبي حنيفة رحمه الله : الإفلاس في حال الحياة لا يتحقق ، فلا يمكنه القضاء بالإفلاس أولاً وبالحجر بناء عليه ، ومنهم من جعل هذه المسئلة مسألة مبتدأة ، فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة كون الحجر متضمناً لإلحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء

ولكن يحبس حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه . وقالوا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه .

(قال المصنف : ولكن يحبس أبدأ حتى يبيعه) أقول : فإن قيل : الحبس أيضاً يعلم الرضا كما سبق في الإكراه فلا يصح البيع . قلنا : الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق فلا يكون إكراهاً على البيع فلي تأمل . قال المصنف : (ودفعاً لظلمه) أقول : فإن قضاء الدين

ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضرب بالغرما (لأن الحجر على السفيه إنما يجوزاه نظرا له . وفي هذا الحجر نظر للغرما لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ، ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل ، أما البيع بثن المثل لا يطل حق الغرما والمنع لحقهم فلا يمنع منه . قال (وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرائه بالحصص عندهما) لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يجلس لأجله ، فإذا امتنع نائب القاضى منابه كما في الحب والعنة . قلنا : التلجئة موهومة . والمستحق قضاء الدين ، والبيع ليس بطريق متعين لذلك ، بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق ، كيف ولو صح البيع كان الحبس إضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المدينون فلا يكون مشروعا . قال (وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضى بغير أمره وهذا بالإجماع ، لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضى أن يعينه) (وإن كان دينه دراهم وله دنائير أو على ضد ذلك باعها القاضى في دينه)

بالإفلاس اه . فيجوز أن يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالإفلاس . لآنا نقول : ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقرير دليلهما كقولهم في مذهب أبى حنيفة : وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ، وقوله في منجهما لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ، وقوله فيه أيضا : وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرائه بالحصص يدل قطعا على أن ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالإفلاس ، إذ القضاء بالإفلاس لا يتصور فيها إذا ظهر ماله . وتلك الأقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله ، بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالإفلاس كما لا يخفى . فالجواب أن يقال : ليس المراد بالمفلس في قوله إذا طلب غرما المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي ، بل المراد به أما من يدعى الإفلاس فيتناول الغنى أيضا ، إذ الظاهر أن المدينون الذي لا يؤدي دينه يدعى الإفلاس وإن كان غنيا في نفسه ، وأما من حاله حال المفلس ، ولا شك أن الغنى الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة (قوله يمنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضرب بالغرما) أقول : وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والإقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضا غير واضح ، والعهدة في ذلك على القدورى ، لأن هذه العبارة عبارة القدورى والمصنف معبر عنه ، ولكنه لو أصلحها

ومنعه التصرفات) وكلامه ظاهر . ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا . وقوله (التلجئة موهومة) لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الإنسان ولا يرتكب البيع بلا تراص . وقوله (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لأنه يمكنه الإيفاء بالاستقراض والاستيباب والسؤال من الناس ، فلا يجوز للقاضى تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الحب والعنة) فإن التفريق هناك متعين لأنه لما لم يمكنه الإمساك بالمعروف تعين عليه التصريح بالإحسان فلما امتنع عن التسريح بالإحسان مع عجزه عن الإمساك بالمعروف نائب القاضى منابه في التفريق (قوله والحبس لقضاء الدين) جواب عن قولهما حتى يجلس برقع السين لأجله : أى لأجل البيع وتقريره . سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستيباب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أى كيف صح البيع (ولو صح المبيع كان الحبس ظلما لأنه إضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المدينون فلم يكن مشروعا)

واجب عليه والمماثلة ظلم (قال المصنف : والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول : لكنه مخالف لما سبق أتينا من قوله ولكن يجسبه حتى يبيمه في دينه (قال المصنف : فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالإجماع فلا يصح البيع .

وهذا عند أبي حنيفة استحسان . والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ، ولذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً .
وجه الاستحسان أنهما متحdan في الثنية والمالية مختلفان في الصورة . فبالنظر إلى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف .
وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين . بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق
بصورها وأعيانها . أما النفوذ فوسائل فافترقا (ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر)
لما فيه من المسارعة . وقيل دستان وهو اختيار إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدينون (ويترك عليه دست من
ثياب بدنه ويباع الباقي) لأن به كفاية شمس الأئمة الحلواني ، لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملابس . قال (فإن
أقر في حال الحجر بإقرار لغيره ، ذلك بعد قضاء الديون ، لأنه يتعلق بهذا المال حتى الأولين فلا يتمكن من إبطال
حقهم بالإقرار لغيره ، بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له) ولو استفاد ما لا آخر بعد الحجر نفذ إقراره
فيه) لأن حقهم لم يتعلق به لعلمه وقت الحجر . قال (ويتفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار
وذوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لأن حاجته الأصلية مقلعة على حق الغرماء ، ولأنه حتى ثابت لغيره فلا

بتصرف لكان أصح كما لا يخفى (قوله وهذا عند أبي حنيفة استحساناً) قال كثير من الشراح : إنما خص أبا حنيفة بالذكر
وإن كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المدينون في العروض . وكان ينبغي أن لا يجوز
في التقدين أيضاً لأنه ممنوع من البيع وهو بيع الصرف اهـ . أقول : ما ذكره وإنما يتم أن لو كان عبارة المصنف . وهذا عند
أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحساناً ، وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك خصوصاً
بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة ، فإن كون جواز بيع التقدين بطريق الاستحسان دون القياس إنما هو قول أبي حنيفة فقط ،
وأما عندهما فيجوز بيع التقدين بطريق القياس فلا احتياج إلى الاعتذار تدبر (قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح :
قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون : يعني أنه إذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه
قبل قضاء الديون فكان المثلث عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ كلامه . أقول : في تفسيرهم نوع خلل ، إذ في صورة استهلاك
مال الغير ليست المؤاخذه بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون : بل المؤاخذه بذلك
مع قضاء الديون بمرتبة واحدة . ثم قولهم فكان المثلث عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة . لكن
الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله ، فالأظهر الأنحصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول
المصنف بخلاف الاستهلاك حيث يصير المثلث عليه أسوة للغرماء بلا خلاف اهـ . وما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال
في شرح ذلك : حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المثلث عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ (قوله ويتفق على المفلس من ماله
وعلى زوجته وولده الصغار) أقول : ليس المفلس هاهنا على معناه الحقيقي كما مر نظيره . بل عدم إرادة الحقيقة هاهنا أظهر ،

ولكنه مشروع بالإجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وإنما خصه بالذكر وإن كان هذا بالإجماع لأن
الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المدينون في العروض ، وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضاً لأنه نوع من
البيع وهو بيع الصرف (قوله عملاً بالشبهين) قيل : إنما لم يعكس حيث لم يعمل للغيرم ولاية الأخذ نظراً إلى الاتحاد لأنه يلزم
ترك أحد الشبهين لأن ولاية القاضي أعم وأقوى ، فلو ثبت للغيرم ولاية الأخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته . وقوله (ويباع
في الدين النقود) حاصله أن القاضي نصب ناظرًا فينبغي أن ينتظر للمدينون كما ينتظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له . وقوله
(بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون : يعني إذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه
قبل قضاء الديون فكان المثلث عليه أسوة لسائر الغرماء (لأنه مشاهد لا مرد له) بخلاف الإقرار فإن سببه محتمل . وقوله

(قوله لأن الشبهة ترد على قوله الخ) أقول : فيه بحث (قوله يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون) أقول : فيه بحث .

يطلبه الحجر . ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء . قال (فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرامؤه حبه وهو يقول لا مال لي حبه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدنا ، إلى أن قال : وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له : يعنى خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة ، ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته ، وإن لم يكن أخرجه تحمزا عن هلاكه ، والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه ، بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى . قال (ولا يحول بينه وبين غرامته بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام « لصاحب الحق يد ولسان » أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى . قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقالوا : إذا فلسه

لأن قوله من ماله يأتي إرادتها قطعا ، وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون ، فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجيهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر (قوله قال فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرامؤه حبه وهو يقول لا مال لي حبه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول : كان لفظ مختصر القدرى والبداية هاهنا هكذا : وإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرامؤه حبه وهو يقول لا مال لي حبه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة . اهـ . وقد ترك المصنف في الثقل بعض ذلك من أين كما ترى ، ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لأمر يعترى الإنسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله إلى أن قال : وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له) قوله إلى أن قال متعلق بقوله قال ، فإن لم يعرف للمفلس مال : يعنى قال القدرى في مختصره : فإن لم يعرف للمفلس مال . إلى أن قال : وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له . وقوله يعنى خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدرى بقوله وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له . وقوله لوجوب النظرة إلى الميسرة تعليل لذلك . وأقول : كان الأولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله إلى أن قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضي لثلاث يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدرى فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله إلى أن قال بقوله قال فإن لم يعرف للمفلس مال أو أن يترك قوله إلى أن قال ويقول قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كتنظيره ولا يكون قلقلًا كما ذكره تبصر ففهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول : لقائل أن يقول : هذا

(وإن لم يكن أخرجه تحمزا عن هلاكه) لأنه لا يجوز إهلاكه لكان الدين ، ألا يرى أنه لو توجه الهلاك إليه بالخصصة لكان له أن يدفعه بمال الغير ، فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير . وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه لا يخرج من السجن في هذه الصورة أيضا . لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض ، وأنه في الحبس وغيره سواء . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لأن فيه نظرا للجائنين ، بلحاجب المديون لأنه يتفق على نفسه وعياله ، ولرب الدين لأنه إذا فضل منه شيء يصرف ذلك إليه . وقوله (ولا يحول بينه وبين غرامته بعد خروجه من الحبس) أى لا يمنعون من أن يدوروا معه أينما دار (يلازمونه ولا يمنونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم « لصاحب الحق يد ولسان » أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذى يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقوله (يقسم بينهم بالخصص) أى يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين ، هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره . وأما المديون في حال صحت لو أثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله

الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا) لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فثبتت العسرة ويستحق النظر إلى الميسرة . وعند أبي حنيفة رحمه الله : لا يتحقق القضاء بالإفلاس . لأن مال الله تعالى غاد ورائح ، ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهرا فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملائمة . وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار ترجع على بينة الإعسار لأنها أكثر إثباتا ، إذ الأصل هو العسرة . وقوله في الملائمة لا يمتنعون من التصرف والسفر دليل على أنه يلزم معه أبنا دار ولا يجلس في موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لابد أن يكون له موضع خلوة ، ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملائمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه ، إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملائمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يجبه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها) لما فيها من الخلوة بالأجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها . قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله : يحجر القاضي على المشتري بطله .

التعليل قاصر عن إفادة تمام المدعى ، لأن استواء حقوقهم في القوة إنما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص : أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين . بل يومئذ لزم

ذلك ، نص على ذلك في فتاوى النسق فقال : رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة وآخر منهم ثلاثمائة وآخر منهم مائتان وماله خمسمائة ، فاجتمع الغرماء وحسبوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أموالهم بينهم ؟ قال : إذا كان المديون حاضرا فله أن يقضي ديونه بنفسه ، وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ، ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حتى أحد فيصرف فيه على حسب مشيئته ، وإن كان المديون غائبا والمديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص ، إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض . وقوله (بينة اليسار ترجع) اليسار اسم للإيسار من أبسر : أي استغنى ، والإعسار مصدر أعسر : أي افتقر ، وفي بعض النسخ على بينة اليسار بمعنى الإعسار . قال في المغرب : وهو خطأ . وقوله (لأنها أكثر إثباتا) لأن بينة الإعسار تؤكد ما دل عليه غيره ، إذ الأصل هو العسرة فصار كهيئة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج ، وقوله في الملائمة لا يمتنعونه الخ) تفسير للملائمة (ولا يجلس في موضع لأنه حبس) وليس بمستحق عليه . وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعي أن يجبه في مسجد حبه أو في بيته ، لأنه ربما يطوف في الأسواق والسكك لغير حاجة فيضطر للمدعي (ولو دخل داره لحاجته) ككفاده أو غائظ (لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لأن الإنسان لابد له من موضع خلوة) وعن هذا قيل : إذا أعطاه الغداه أو أعد له موضعا لأجل الغائط له أن يمتنع عن ذلك حتى لا يهرب (ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملائمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق) والأشد (عليه) إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملائمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يجبه دفعا للضرر عنه (وفي معناه) منعه عن الإكساب بقدر قوت يومه وليلته (والدائن الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالأجنبية ، لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) إذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه . وقال الشافعي رحمه الله : يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبائع وغيره

(قوله قال في المغرب : وهو خطأ) أقول : ويوجه هنا بأنه له سبيل الازدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام « إرجعن مأجورات غير مأزورات » (قوله لاستلزامها الخلوة بالأجنبية الخ) أقول : يعني لاستلزام الملائمة الخلوة الخ ، والتفسير في تلازمها راجع إلى المديونة

ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ، ومن قضيته المساواة وصار كالسلم . ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتبارها وإنما المستحق وصف في الذمة : أعني الدين ، وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة . هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها ، إلا في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال يمتنع فأعطى للعين حكم الدين ، والله أعلم .

الاستواء في أخذه . وتماثل المدعي هاهنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل (قوله لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع ، وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة)

(ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز) عن إيفاء الثمن (بوجوب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع ، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فإن قيل : قياس مع وجود فارق وهو فاسد ، وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ ، بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ . أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعني لانسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ فإن السلم فيه دين لا محالة . وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المتقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد ، وإنما المستحق به وصف في الذمة : أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما لو كان المشتري ملياً . وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به ديناً في الذمة ، وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المجلس والملي . فإن قيل : هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل أفلس فأدرك رجل » وفي رواية « فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به » والاستدلال في مقابلة النص فاسد . فالجواب أنه معارض بما روى الحصاف بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه » وتأويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع . فإن قيل : ما ذكرتم من الدليل إن صح بجميع مقدماته لم يزم أن لا يفسخ العقد إذا كسدت الفلوس . لأن موجب العقد لم يتغير لأن الثمن دين في الذمة . وهي باقية كما كانت قبل الكساد . أجيب بأننا لانسلم عدم التغير لأن موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك . ولا يشكل بما إذا عجز المكاتب عن أداء البذل فإن موجب العقد لم يتغير وللمولى أن يفسخ لأن موجب العقد ملك للمولى البذل بالقبض لأنه ليس بدين حقيقة كما تقدم ، فإذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقبض العين) جواب عما يقال : لما كان العين المتقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرز ذمة المديون بدفع المتقودة ، وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارح العين بدلاً عنه ، فإذا قبض العين بدلاً عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتزمان قصاصاً (هذا هو الحقيقة) أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تأخذ إلا سملك أو رأس مالك » فيجب أن يجعل العين المتقوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو في الذمة فكان العجز عنه عجزاً عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ ، والله أعلم بالصواب .

(قوله والجامع بينهما أنه البيع) أقول : فيه بحث ، بل اللمة الجامعة هي العجز عن التسليم . وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل (قوله وهو يملك به) أقول : الضمير في قوله به راجع إلى العقد .

(كتاب المأذون)

الإذن : الإعلام لغة ،

قال صاحب العناية في تقرير هذا المجل : لأنه عجز المشتري عن إيفاء اليمن . والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع ، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة . ومن قضيته المساواة اهـ . ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال : فيه بحث ، بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم ، وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اهـ . أقول : ليس ذلك بسديد ، لأن مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس هاهنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة ، وإلا لزم أن يوجب العجز على التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضاً ولم يقل به أحد ، فالمدار في تحقق العلة الجامعة هاهنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس هاهنا بقوله وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ، والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس بما تفرد به صاحب العناية : بل أطبقت على التصريح به كلمة الثقات هاهنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والإمام الزليعي وغيرهم ، والله أعلم .

(كتاب المأذون)

إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة ، إذ الإذن يقتضي سبق الحجر : فلما ترتب وجوداً ترتباً أيضاً ذكرنا وما للتناسب (قوله الإذن الإعلام لغة) أقول : لم أر قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجيء الإذن بمعنى الإعلام ، وإنما المذكور فيها كون الأذان بمعنى الإعلام ، فقوله الإذن الإعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة . نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه تفسير معنى الإذن لغة بالإعلام كما ذكره المصنف . ولعلمهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الإذن من أذن له في الشيء إذنا : أي أباحه ، كما صرح به في القاموس بما يلزمه عادة من الإعلام . ولا يخلو عن نوع الإيماء إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال هاهنا يحتاج إلى بيان الإذن لغة وشرعا ، ثم قال : أما لغة فالإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيها جبر عنه من أذن له في الشيء إذنا اهـ . ثم إن من المستبعد هاهنا ما ذكره الإمام الزليعي حيث قال في التبيين : والإذن في اللغة الإعلام ، ومنه الأذان وهو الإعلام بدخول الوقت اهـ . وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كتاب المأذون : لأن الإذن هو الإعلام ، قال الله تعالى - وأذان من الله ورسوله - أي إعلام اهـ . فإن مهار ما ذكره اتحاد الإذن والأذان حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى آخر وليس كذلك قطعا ، والأظهر في تفسير معنى الإذن لغة ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال : أما الإذن فهو الإطلاق

(كتاب المأذون)

إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة ، إذ الإذن يقتضي سبق الحجر (وهو في اللغة عبارة عن الإعلام ،

(كتاب المأذون)

وفي الشرع : فك الحجر وإسقاط الحق عندنا ،

لأنه ضد الحجر وهو المنع فكان إطلاقاً عن شيء أي شيء كان أه . (قوله وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) قال في غاية البيان : يعني أن العبد كان مجبوراً عن التصرف لحق المولى ، فإذا أذن له المولى أسقط حق نفسه أه . وقال في النهاية : أي إذن المولى لعبد في التجارة إسقاط لحق نفسه الذي كان العبد لأجله مجبوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنه ، وبالإذن أسقط حق نفسه عنده أه . وقال في العناية : فإن المولى إذا أذن لعبد في التجارة أسقط حق نفسه الذي كان العبد لأجله مجبوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنه أه . وقال تاج الشريعة : لأنه كان للمولى حق في رقية العبد فقبل الإذن لاتعلق الدين برقبته ولا بكسبه . وبعد الإذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بها أه . وقال في الكفاية : وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقية فإنه يمنع تعلق حق الغير بها صوتاً لحق المولى ، وإنه بالإذن أسقط حقه أه . فتلخص من المجموع أن المراد بالحق هاهنا حق المولى ، وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال : وانحجازه عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه لإلزاماً بعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كي لا يطل حقه من غير رضاه أه . قال صاحب الإصلاح والإيضاح : المراد بالحق هاهنا حق المنع لاحق للمولى لأنه مع اختصاصه بإذن العبد غير صحيح ، لأن حق المولى لا يسقط بالإذن ولذلك يأخذ من كسبه جبراً على ما سيأتي ، والمسقط هو المولى إن كان المأذون رقيقاً والولى إن كان صبياً أه كلامه . أقول : فيه نظر . أما أولاً فلأن كون المراد بالحق هاهنا حق المنع لا يثبت كونه حق المولى ، بل يقتضيه لأن حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لاحق غيره : فإن معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على أن تكون الإضافة بيانية . ومعنى حق المولى حق هو للمولى ، على أن تكون الإضافة بمعنى اللام ، ولا ريب أن الحق الذي هو منع العبد عن التصرف إنما يكون للمولى لا لغيره فكان حقاً له قطعاً . وأما ثانياً فلأنه إن أراد به بقوله لأن حق المولى لا يسقط بالإذن أنه لا يسقط به أصلاً فممنوع . كيف وسيأتي أنه إذا لزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعاً فيباع كل ذلك للفرمان فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعاً لإجماله . وإن أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما إذا لم تحيط بهما ديون فسلم ، لكن لا يندى نفعاً إذ ليس المراد بإسقاط الحق في معنى الإذن شرعاً إسقاطه بالكلية البتة ، بل المراد به إسقاطه في الجملة ، وذلك يتحقق في صورة إحاطة الدين بل في صورة عدم إحاطته أيضاً بالنظر إلى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يفتي . وأما اختصاص حق المولى بإذن العبد فلا يضر إذ المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان أن العبد أه . وإنما يحكم الشيء ما يثبت به ، والثابت بالإذن في التجارة فك الحجر عن التجارة . وقال : هذا ما ذكره في البسوط والإيضاح والخيرة والمغنى وغيرها أه . وقد اتفقت أثره الإمام الزيلعي حيث قال في التبيين : وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر أه . أقول : كون حكم الإذن ماهو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى ، لأن حكم الشيء على ما تقرر عندهم إنما هو أثره الثابت به المترتب عليه ، وقد أشار إليه صاحب النهاية أيضاً بقوله لأن حكم الشيء ما يثبت به ، ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشيء ويصير أثراً مترتباً عليه لا يصلح أن يكون تفسيراً لذلك الشيء محمولاً عليه بالمواطة . ثم أقول : ليس المذكور في الخيرة وغيرها أن حكمه ماهو تفسيره الشرعي ، بل المذكور فيها هكذا ، وأما بيان حكمه فقوله : حكمه شرعاً عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعاً عما يتناوله الإذن بالإثابة ولا التوكيل ، لأن حكم

وفي الشرع : فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) فإن المولى إذا أذن لعبد في التجارة أسقط حق نفسه الذي كان العبد لأجله

(قوله وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) أقول : لا يفتي عليك أن إذن العبي والمتموه ليس فيه إسقاط الحق ، وسيجيء تفصيله .

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ، لأنه بعد الرق بى أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وأعجابه عن التصرف لحق المولى ، لأنه ما عهد تصرفه إلا موجبا تعلق الدين بركبته وبكسبه ، وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كى لا يبطل حقه من غير رضاه ، ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ،

الشيء ما يثبت به ، والثابت بالإذن فى التجارة فك الحجر عن التجارة اه . فيجوز أن يكون المراد بفك الحجر المذكور فيما ما هو مصدر من المبني للمفعول فيثول إلى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للحجر . ولا شك أن المراد بفك الحجر المذكور فى تفسير الإذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للإذن . فيصح أن يكون المذكور فى تلك الكتب حكما للإذن الشرعى ، إذ لا ريب أن الانفكاك أثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر . ثم إن الأظهر فى بيان حكم الإذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه إلى التحفة حيث قال : وأما حكمه ففك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها ، وعدم ملكه ما لم يكن كذلك ، إلى هذا أشار فى التحفة ، وذلك لأن حكم الشيء ما يثبت بالشيء . والثابت بالإذن ما قلنا فكان حكما له ، إلى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ، لأنه بعد الرق بى أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) فإن قيل : المأذون عديم الأهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغى أن لا يكون أهلا لنفس التصرف . لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلا لسيه . أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك ، ألا يرى أن استحاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه . وهذا لأنه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضاها وأدى طريق قضاها ملك اليد فهو الحكم الأصل للتصرف ، وملك العين شرع للتوصل إليه فاهو الحكم الأصل يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه ، وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات . ففى اختار البائع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث يتصرف بشاره المورث بنفسه ، كذا ذكر فى كثير من شروح هذا الكتاب وفى عامة كتب الأصول . أقول : فيه بحث ، لأنهم إن أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهليته الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم بشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك لمولاه رقة لايدا . والمدير مملوك له يدا لا رقة ، والرقن مملوك له يدا ورقة . فإن الرقيق إذا كان مالكا يده فكيف يكون مملوكا لمولاه يدا فى صورة إن كان قنا أو مدبرا . وإن أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالإذن أو الكتابة فلا يتم التقريب ، إذ كلام المصنف وغيره صريح فى أن أهل أصحابتنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليأمل فى التوجيه (قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى)

محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل إذنه (والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لأنه بعد الرق بى أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين بركبته أو كسبه وذلك حق المولى انحجر عنه (فلا بد من إذنه كى لا يبطل حقه من غير رضاه) فقوله وإسقاط الحق الخ كالتفسير لقوله فك الحجر . وقوله عندنا إشارة إلى خلاف الشافعى رحمه الله ، فإن الإذن عندنا تزكيل وإنابة ، وصحح المصنف رحمه الله كونه إسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت . فإنه لما كان تصرفه بحكم مالكته الأصلية وأنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على أنه إسقاط لحق المولى لاغير ، إذ الإسقاطات لا تنوت كالطلاق والعناق . فإن قيل : قوله فك الحجر جواب وإسقاط الحق مذكور فى حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أنه ليس باستدلال وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك كما أشرنا إليه . والثانى أن حكمه الشرعى هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لامن حيث كونه تعريفا ، وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله (ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد

ثم أعلم أن قوله وإسقاط الحق عندنا كالتفسير لقوله فك الحجر (قوله كما أشرنا إليه) أقول : يعنى بقوله وصحح المصنف الخ (قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة الخ) أقول : قال صاحب الهداية فى أول الوكالة إن وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء وعبدا محجورا عليه جاز ، ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما (قوله وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء)

ولهذا لا يقبل التأقيت . حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه ، لأن الإسقاطات لا تتوق ، ثم الإذن كما ثبتت بالصريح ثبت بالدلالة ، كما إذا رأى عبده يبيع

قال في العناية : وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى . وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع . والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها . حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة . ولهذا لو أقر على نفسه بالتقصص صح وإن كذبه المولى فكان الشراء حقا له ، وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضا ، لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اهـ . وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلًا عن الذخيرة . أقول : يرد على ظاهر قوله لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فإنه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتى في الكتاب ، ولا يقتضى شيء منهما أن يكون له مال كما لا يخفى . ويمكن أن يقال : يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعها فيها . ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتى التصريح به من المصنف ، وأنها مما الغالب وقوعها في باب التجارة . فعلى مقتضى ذلك البناء إذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثمة . وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه . والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء . اهـ . أقول : في كل من إرادته وجوابه سقامة . أما في الأول فلا تنقل : بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم ، وكان الظاهر أن يقول : بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه . على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمغرب ، وكان الصواب أن يقول : بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت فيما مر . وأما في الثاني فلا تنقل بصدد إثبات ما قلنا إن العبد المأذون له يتصرف بعد الإذن لنفسه بأهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم ، بل لم يقع التصريح من المصنف ما هنا بما قاله الخصم أصلا فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبه ، على أنها لو حلت على مذهب الخصم لم نل أيضا لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل ، والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يقد الحمل على مذهبه . فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله ولهذا لا يقبل التأقيت) قال صاحب العناية : وصحح المصنف كونه إسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت . ثم قال : فإن قيل : قوله فلك الحجر وإسقاط الحق المذكور في حيز التعريف فكيف

المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع ، والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها ، حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ، ولهذا لو أقر على نفسه بالتقصص صح ، وإن كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضا ، لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه ، والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع . فالنقيض بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر . فإن قيل : العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف ، لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك . أجب بأن حكم التصرف ملك اليد والرق أصل في ذلك ، وقد قررنا تمام ذلك في التقرير . فإن قيل : لو كان الإذن فلك الحجر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لأنه أسقط حقه والساقط لا يعود . أجب بأن الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا بحق الإسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لا يعود (ثم إن الإذن كما ثبت صريحا ثبت دلاله ، كما إذا رأى عبده يبيع)

أقول : بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه . والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء . ثم اعلم أن قوله وهذا إشارة إلى قوله وصحح المصنف كونه الخ (قوله والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول : فيه بحث .

ويشترى فسكت بصير مآذونا عندنا خلافا لزرر والشافعي رحمه الله .

جاء الاستدلال عليه ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أنه ليس باستدلال ، وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرّف بذلك كما أشرنا إليه . والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفاً اه كلامه . أقول : في كل من وجهي الجواب نظر . أما في الأول فلأن تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرّف بذلك عين الاستدلال ، فإن ما يدل على ذلك هو الدليل ، وتصحيح النقل به هو الاستدلال ، فاما معنى قوله إنه ليس باستدلال . وأما في الثاني فلأن كون حكمه الشرعي هو تعريفه بما لا يكاد يصحح . لأن حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وإن كان أثراً مترتباً عليه ، وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به في الذات فأن يكون أحدهما هو الآخر . وقد مر مثل ذلك من قبل . والحق في الجواب أن يقال : ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لأنه تصور ، والتصور لا يكتب من التصديق بل على الحكم الضمني : كأن يقال : هذا التعريف صحيح ، وهذا التعريف مطابق لأصولنا أو نحو ذلك . ولا يخفى أن تلك الأحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعاً ، ونظير هذا ما حققوا في قته من أن المنع والقبض والمعارضة في التعريف إنما توجه إلى الأحكام الضمنية لا إلى نفس التعريفات . تدبر ترشد

من ماله شيئاً (ويشترى فسكت بصير مآذونا عندنا خلافا لزرر والشافعي رحمه الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الأصول . قالوا : السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه محجوراً ، والمحتمل لا يكون حجة . قلنا : جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان ، إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى . ومعاملتهم قد تقضي إلى حقوق ديون عليه ، وإذا لم يكن مآذونا تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعنى وقد لا يعنى وفي ذلك إضرار بالمسلمين بإتواء حقهم ولا إضرار في الإسلام ، وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه . فكان موضع بيان أنه راض به أولاً ، والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان . فإن قيل : عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره ، وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن إذاً ، والمرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذاً ، وإذا رأى رقيقه يزوّج نفسه وسكت لا يكون إذاً فما الفرق ؟ أجب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته ، وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا إن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ، ولا يلزم من كون السكوت إذاً بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذاً بالنظر إلى متحقق . وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله . وفي الرهن لم يصير سكوته إذاً لأن جملة إذاً يطل ملك المرتهن عن اليد . وقد لا يصل إلى يده من عمل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق . لا يقال : الراهن أيضاً يتضرر ببطالان ملكه عن الثمن فرجع ضرر المرتهن تحكّم ، لأن بطالان ملكه عن الثمن موقوف ، لأن بيع الرهن موقوف على ظاهر الرواية ، وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى . وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوّج نفسه فإما لم يصير السكوت فيه إذاً . قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله : لأن السكوت إنما يصير إذاً وإجازة دفعاً للضرر ، ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والأمة ، لأن النكاح يكون موقوفاً ، لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه ، ومنافع بضع المملوكة كذلك ، وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد . وقيل : فيه نظر ، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته ، وإنما هو في أن سكوته إجازة أولاً ،

(قوله إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول : لما أن يقولوا ذلك لحالته للمعامل حيث اغترأ بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ، وللك نظر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق ، لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول : إذا كان لحق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضاً متوهماً فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد ، لا بد من التأمل (قوله وقيل فيه نظر ، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول : وعسى أن النظر غير وارد ، لأن كون السكوت إذاً كان لأجل دفع الضرر ، فحيث لا ضرر يبق على التقياس ولا يحمل إذاً .

ولا فرق بين أن يبيع عبدا مملوكا أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا ، لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ، ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم . قال (وإذا أذن المولى لعبده في التجارة إذا عاها جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيد به . ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالغبين اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان إن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع ، حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن كالمهبة .

(قوله ولا فرق بين أن يبيع عبدا مملوكا للمولى أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا) قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا : هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره . وذكر قاضيان في فتاواه : إذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذنا ، وكذا المرتين إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يطل الرهن اه . أقول : كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيان في فتاواه ، وليس الأمر كما فهمه . إذ الظاهر أن مراد الإمام قاضيان أن سكوت المالك فيها إذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله لا يصير إذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لاني حتى سائر التصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ، ويرشد إليه قوله وكذا المرتين إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يطل الرهن ، فإن المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب . ولا دالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت إذنا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيها إذا باع عبدا مملوكا للمولى بغير رضاه ، بل خلافا مصرح به في أكثر الشروح وعامة المعبرات . قال في البدائع : وأما الإذن بطريق الدلالة فتحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه فيصير مأذونا في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت . وأما في الشراء فيصير مأذونا ، وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذونا اه . وقال في المحيط البرهاني : قال محمد رحمه الله في الأصل : إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشترى ولم ينه عنه ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة ، وإذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ، ولكن لا يجوز بيعه مال المولى . قال محمد رحمه الله : وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشترى شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذونا في التجارة وإن كان لا يجوز هذا الشراء كذا هاهنا اه . فكيف يجوز حل كلام قاضيان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الأصل بقوله وإذا رأى عبدا يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ، فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ، ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) قال صاحب

ولعل الصواب أن يقال : إن في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت إذنا (ثم لا فرق بين أن يبيع عبدا مملوكا للمولى أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا ، لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ، ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة : أعني أن يبيع عبدا مملوكا للمولى الخ . قال (وإذا أذن المولى لعبده في التجارة) إذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشيء كان إذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف ، فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان ، لأن التجارة اسم جنس على باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الأعيان ، لأنه أي بيع الأعيان أصل التجارة ، والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغبين يسير جاز) بالاتفاق (لتعذر الاحتراز عنه ، وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالا : البيع بالغبين الفاحش خلاف المقصود ، إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإلتفاف فكان بمنزلة التبرع ، ولهذا اعتبر من المريض من الثلث ، وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود . ولأبي حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبين الفاحش تجارة يملكه لغيره فيملكه العبد المأذون لأنه بعد الإذن كالتبرع يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم ، واعتباره من الثلث من المريض حتى الغرماء والورثة .

وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحُرّ ، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو حائى في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين وإن كان فمن جميع ما بقى) لأن الاقتصار في الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ، وإن كان الدين يحيط بما في يده يقال للمشتري أدّ جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحرّ (وله أن يسلم ويقبل السلم) لأنه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لأنه قد لا يتفرغ بنفسه . قال (ويرهن ويرهن) لأنهما من توابع التجارة فإنه إيفاء واستيفاء (ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت) لأن كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الأرض مزارعة) لأن فيه تحصيل الربح (ويشترى طعاما فيزرعه في أرضه) لأنه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام «الزراع يتاجر ربه» (وله أن يشارك شركة عتاق ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لأنه من عادة التجار (وله أن يواجر نفسه عندنا) خلافا للشافعى وهو يقول : لا يملك العقد على نفسه فكذلك على منافعها لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه .

العناية في تفصيل هذا التعليل : وقلنا جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان . إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تقضى إلى حقوق ديون عليه ، وإذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة إلى ما بعد الحق . وقد يعتق وقد لا يعتق وفى ذلك إصرار بالمسلمين بإتواء حقهم ، ولا إضرار في الإسلام ، وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه .

وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغنيب اليسير فإنه يصح من المأذون بالاتفاق . وفى حق المريض يعتبر من الثلث ، فأبو حنيفة رحمه الله سوى ما هنا بين البيع والشراء في الغنيب الفاحش . وفرق بينهما في تصرف الوكيل لأن الوكيل يرجع على الأمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متبعا في أنه اشتراه لنفسه . فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الأمر : وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر أنه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف الصبي) إذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشترى بالغنيب اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة (ولو حائى العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال إذا لم يكن عليه دين) فينفذ وإن زادت على الثلث (وإن كان) عليه دين (فمن جميع ما بقى) يعنى يؤدى دينه أولا فما بقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لأن الاقتصار في الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) . لا يقال : المولى وارث لأنه رضى بالإذن بسقوط حقه . ولهذا لو أسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل (وإن كان الدين يحيط بماله) تبطل المحاباة فيقال للمشتري : أدّ جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحرّ) يعنى إذا حائى في مرض موته (والمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه ويوكل بالبيع والشراء ، لأن كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن ويرهن لأنها إيفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ، ويملك أن يتقبل الأرض) أى يستأجرها (ويستأجر الأجراء والبيوت لأن كل ذلك من صنيع التجار . ويأخذ الأرض مزارعة لأن فيه تحصيل الربح) لأنه إن كان البذر من قبله فهو مستأجر للأرض ببعض الخراج . وذلك أنفع من الاستئجار بالدرهم ، لأنه إذ لم يحصل خراج لا يلزمه شيء بخلاف الاستئجار بالدرهم : وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو أجر نفسه من رب الأرض لعمل الزراعة ببعض الخراج ، ولو أجر نفسه بالدرهم جاز كما سيجىء فكذلك هذا (وله أن يشتري طعاما فيزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح . قال صلى الله عليه وسلم «الزراع يتاجر ربه» (وله أن يشارك شركة عتاق) وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لأنها تتعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الإذن ، فلو فعل ذلك كانت عتاقا لأن في المفاوضة عتاقا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة (ويدفع المال مضاربة ويأخذها لأنه من عادة التجار) وله أن يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) في أحد قوليه (لأنه لا يملك العقد على نفسه) لكونه ثانيا عن مولاه في التصرف في كسبه ؛ ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه) فكذلك على منافعها لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس ماله (لأن المولى أذن له بالاكْتِسَاب ولم يدفع إليه مالا (و) ما هو رأس المال المأذون له بالاكْتِسَاب (يملك التصرف فيه)

إلا إذا كان يتضمن إبطال الإذن كالبائع لأنه ينحجر به ، والرهن لأنه يجبس به فلا يحصل مقصود المولى . أما الإجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه . قال (فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو

فكان موضع بيان أنه راض به أولا ، والبكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان اه . واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما أن يقولوا ذلك لحماقة المعامل حيث اغترّ بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه . أقول : ليس هذا بوارد ، لأن المعامل لا يغترّ بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاء عنه ويؤدبه عليه ، وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاء عنه ويؤدبه عليه . فإذا لم ينه علم أنه راض فبجعل سكوته إذنا دلالة دفعا للزور عن الناس ، فإنهم يعتقدون ذلك إطلاقا منه فيبأيونه حلالا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف ، كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعانيه عن التغير ، وسكوت البكر وسكوت الشيع اه . فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل إلى السؤال من المولى ، وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقة ، فلا تكون النظائر لما عمله دون خلافه ؟ ثم أقول : بقي شيء في تقرير صاحب العناية ، وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه . وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الدين قد تلحقه وقد لا تلحقه ، فما الفرق والرجحان لابد من البيان . ثم قال في العناية : فإن قيل : عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره ، وكذا إذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن إذنا ، والمرتين إذا رأى الرهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذنا ، وإذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن إذنا ، فما الفرق ؟ أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت ، وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا إن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ، ولا يلزم من كون السكوت إذنا بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذنا بالنظر إلى متحقق ، وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله ، وفي الرهن لم يصر سكوته إذنا لأن جعله إذنا يبطل ملك المرتن عن اليد ، وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق . لا يقال : الرهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن ، فترجى ضرر المرتن تحكم لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف ، لأن بيع الرهون موقوف على ظاهر الرواية ، وبطلان ملك المرتن عن اليد بات فكان أقوى . وأما الرقيق عبدا كان أو أمة إذا زوج نفسه فلما لم يصر السكوت فيه إذنا . قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام ، لأن السكوت إنما يصير إذنا وإجارة دفعا للضرر . ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والأمة لأن النكاح يكون موقوفا . لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه . ومنافع بضع المملوكة كذلك . وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا ، وأمكن فسحه فلا يتضرر به أحد . وقيل : فيه نظر . لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجارته ، وإنما هو في أن سكوته إجارة أو لا ، ولعل الصواب أن يقال : إن في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت إذنا ، إلينا لفظ العناية . وقال بعض الفضلاء : وعندى أن النظر غير وارد ، لأن كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يحمل إذنا اه . أقول : كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر ، إذ لا كلام في أن كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر ، وإنما هو في أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا ، إذ لا شك أنه موقوف على إذن المولى ، فإن كان سكوته إذنا تحقق الضرر فيه وإلا فلا

ضرورة ، والمأذون بملك التصرف في نفسه ، والتصرف فيها إما أن يكون من حيث ذاتها بالبائع والمية والرهن أو من حيث منافعتها ، لا جائر أن يكون من حيث ذاتها لتلا يمدد على موضوعه بالنقض فإنه ما أذن له إلا للربح ، فلو جاز أن التصرف من حيث الذات أفضى إلى عدم الربح ، فما فرضناه للربح لم يكن الربح هنا بخلف باطل ، فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود . قال (فإن أذن له في نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الإذن عندنا فك الحجر وإسقاط الحق ، وعند زفر والشافعي رهما الله

مأذون في جميعها) وقال زفر والشافعي : لا يكون مأذونا إلا في ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر . لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته وثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ، ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب . ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع . بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فثبت له الولاية من جهته ، وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين

فحيث احتمل أن يكون سكوته إذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقفا على إذنه عدم ثبوت الضرر فيها وإن بني عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها إذنا لزم المصادرة ، إذ هو أول الكلام الذي طوّل الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال ، وهذا هو المراد بقوله في النظر وإنما هو في أن سكوته إجازة أو لا . تأمل نقف (قوله وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر) يعني إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالفصل . فإذا سكوت عن التهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها . والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكوت عنه يكون مأذونا في جميع التجارات . خلافا لزفر والشافعي كما ذكر في الإيضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدرابة . قال صاحب العناية في هذا المقام : وكذا لو كان أذن له إذا عاما ثم نهاه عن نوع اه . أقول : هذا الشرح لا يطابق المشروح ، إذ المراد به ما قرأناه آتفا يدل عليه لفظ آخر في قول المصنف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر . وبأي ذلك ما قاله صاحب العناية قطعا ، كيف ومسئلة الإذن العام قد مرت مع منفرعاتها في الصحيفة الأولى ، ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الإذن في نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الإذن العام ها هنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) أقول : لقائل أن يقول

أنه توكيل وإنابة ، وعلى ذلك تنبني هذه المسئلة ، وهي أنه إذا أذن له في نوع من التجارة كالجز مثلا دون غيره (كان مأذونا له في جميع أنواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة ، وكذا لو كان أذن له إذا عاما ثم نهاه عن نوع قالا : الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم ثبت له) أي للمولى (دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الإذن بما خصه به كالمضارب) إذا قال له رب المال اعمل مضاربة في الجز مثلا (ولنا أن الإذن بإسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) في أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصص إذ ذلك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز . ونوقض بالإذن في النكاح فإنه فك الحجر وإسقاط الحق . وإذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها . وأجيب بأن الإذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير ، لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي . والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ، ولهذا جاز أن يجهز عليه فكان العبد كالوكيل والثابت عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف . فلن قيل : قد تقدم أن الضرر للاحق بالمولى يمنع الإذن وقد يضر المولى بغير ما خصه به من التصرف بل جاز أن يكون العبد عالما بالتجارة في الجز دون الجز . أجيب بأنه ضرر غير متحقق ، وإن كان فله مدفع وهو التوكيل به ، على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه يدفع ذلك . وبالجملة إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكه فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جوابا عن قوله كالمضارب ، لأن المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لأنه يتصرف في مال غيره . وقوله (وحكم التصرف)

(قوله إذ ذلك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول : لا يقال : فينبني أن لا يجوز الحجر بعد الإذن لأن التصرف في ملك الغير إنما يكون إذا كان لغير ملك ، وفي الحجر بعد الإذن ليس كذلك تأمل (قوله وأجيب بأن الإذن فيه تصرف الخ) أقول : يعني لانتم أنه فك الحجر وإسقاط الإذن ، بل هو توكيل وإنابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول : السؤال معارضة ، فالتمظهر قوة هذا الدليل لا يندفع السؤال

والنفقة ، وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه . قال (وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون) لأنه استخدام ، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لأهله ، وهذا لأنه لو صار مأذونا بنسب عليه باب الاستخدام ، بخلاف ما إذا قال : أد إلى الغلة كل شهر كذا ، أو قال أد إلى ألفا وأنت حر لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب . أو قال له أقعد صباغا أو قصارا لأنه أذن بشراء مالا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في الأنواع . قال (وإقرار المأذون بالديون والغصب جائز . وكذا بالودائع) لأن الإقرار من توابع التجارة ،

إن أريد أنه إسقاط الحق يجملة وفك الحجر بتمتع فهو ممنوع ، كيف ولو كان كذلك لصح هبته وإراضه ونحوهما من التبرعات ، وليس كذلك قطعاً كما سيأتي في الكتاب ، وإن أريد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم ، لكن لا يثبت به المدعى إذ لا يلزم منه إسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونا له في جميعها كما هو المدعى . فإن قلت : المراد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذونا له في جميع أنواع هذا الجنس لا في جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقص بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى . قلت : فلنقاتل أن يقول : إن أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك إذا أطلقه ولم يقده بنوع فهو مسلم . لكن لا يجدي طائلا لأن ما نحن فيه صورة التقيد ، وإن أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وإن قده بذلك فهو ممنوع ، كيف وهلا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو أن يكون الإذن في نوع من التجارة إذنا في جميعها فيؤدي إلى المصادرة على المطلوب . فإن قلت : علل صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصص إذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز اه فلا مصادرة على المطلوب . قلت : ذاك التعليل ليس بتام ، إذ لقاتل أيضا أن يقول : إنما يكون التخصص تصرفا في ملك الغير لو أن أطلق الإذن أولا فيتحقق إسقاط الحق وفك الحجر على الإطلاق وظهر ملكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها ، وما نحن فيه ليس كذلك . إذ الكلام فيها إذا قيده أولا فقال أدنت لك في هذا النوع فقط ،

جواب لقوله وثبت الحكم للمولى وهو مائة بالسند : أي لانسلم أن حكم التصرف وهو المالك واقع للمولى ، بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين وانفقة بغير إذن المولى ، وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه ، وموضعه أصول الفقه . قال (وإن أذن له في شيء بعينه) إذا أذن المولى في شيء بعينه مثل أن يقول : اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوبا للكسوة أو طعاما رزقا لأهل لم يكن مأذونا ، وهذا يفيد أن التخصص قد يكون مفيدا إذا كان المراد به الاستخدام ، لأنه لو جعل ذلك إذنا لانسد باب الاستخدام لإفضائه إلى أن أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح إقراره بديون تستغرق رقبته ويؤخذ بها في الحال ، فلا يستجري أحد على استخدام عبده فيها اشتدت إليه حاجته لأن غالب استعمال العبد في شراء الأشياء الصغيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والإذن بالتجارة ، وهو أنه إن أذن بتصرف يتكرر صريحا مثل أن يقول اشتر ثوبا وبه ، أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمانه أو دلالة ، كما إذا قال أد إلى الغلة كل شهر ، أو أد إلى ألفا وأنت حر ، فإنه طلب منه المال وهو لا يحصل إلا بالكسب ، فهو دلالة التكرار ، أو قال أقعد صباغا أو قصارا ، لأنه أذن بشراء مالا بد له منه دلالة وهو نوع من الأنواع يتكرر بتكرار العمل المذكور كان ذلك إذنا ، وإن أذن بتصرف غير مكرر كقطع أهله وكسوته لا يكون إذنا . ونوقض بما إذا غصب العبد متاعا وأمره مولا ببيعه فإنه إذن في التجارة وليس الأمر بعقد مكرر . والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة : وذلك لأن تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه ، والإذن قد صدر منه صريحا ، فإذا بطل التقيد ظهر الإطلاق ، وكلام المصنف رحمه الله يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي ، والإذن بالأول دون الثاني فتأمل . قال (وإقرار المأذون بالديون والغصب جائز) إقرار المأذون له بالديون والغصب والودائع جائز (لأن الإقرار بها من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر ، فإن البائع قد لا يقبض الثمن فيكون ديناً أو يقبض فيودع عنده ،

(قوله لعدم ولايته عليه) أقول : فلا يمكن حله على الاستخدام إذ لا ملك له فيه .

إذ لو لم يصح لأجنب الناس مبايعته ومعاملته ، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته ، فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر ، بخلاف الإقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لأنه كالحجور في حقه . قال (وليس له أن يتزوج) لأنه ليس بتجارة . قال (ولا يزوج ماله) وقال أبو يوسف : يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها . ولهما أن الإذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة . ولهذا لا يملك تزويج العبد ، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي . قال (ولا يكتب) لأنه ليس بتجارة . إذ هي مبادلة المال بالمال . والبذل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لأن المولى قد ملكه

ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل وآخره الذي هو قيده حكم آخر ، بل للمجموع حكم واحد يتم أوله بآخره ، فن أين يلزم التصرف في ملك الغير ؟ تأمل جدا . ثم قال صاحب العناية : ونوقض بالإذن في النكاح ، فإنه فك الحجر وإسقاط الحق ، وإذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها . وأجيب بأن الإذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير ، لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي ، والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ، ولهذا جاز أن يجيزه عليه فكان العبد كالوكيل النائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف .

وأما بالنصوب فلأن الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان ، فالضمان الواجب به من جنس التجارة ، ومن ملك التجارة ملك تواعبها لأنه لو لم يملكها لأدّى ذلك إلى انتفاء التجارة ، فلأن الناس إذا علموا أن إقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته : فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهما من المال والكسب بخلاف الإقرار بما ليس من تواعب التجارة (كما لو أقر أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاه فافضها فإنه لم يصدق فيه (لأنه كالحجور في حقه) وكذا لو أقر ببناء على ستر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فإقراره باطل ، ولا يؤخذ به حتى يعتق . لأن فك الحجر إنما يظهر في حق التجارة ، فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان إقراره كإقرار الحجور . قال (وليس للمأذون أن يتزوج لأنه ليس بتجارة . قال : ولا يزوج ماله) لذلك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الإمام لأنه تحصيل المال) وهو المقصود بالإذن (فكان كالإجارة ، وقال : الإذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الإذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار ، وإنكاح الأمة ليس من ذلك . وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية ، بل فيه تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ، ولا تزويج الأمة عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمه الله . قال في النهاية : في هذه الرواية نظر ، لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما : يعني الأب والوصي أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف ، حيث جعل الأب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب ، وللمكاتب أن يزوج أمته لأنه اكتساب لاستفادته المهر . قال : وما ذكره في المكاتب أصبح لأنه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتمة ومختصر الكافي وأحكام الصغار . وقال بعض الشارحين : يحمل على أن في المسئلة روايتين . قال (ولا يكتب لأنه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكتب لأنه يتضمن التجارة ، وهذا ليس بتجارة (لأن التجارة مبادلة المال بالمال ، والبذل) وإن كان مالا (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لأن هذا عقد له يميز حال وقوعه فيتوقف على الإجازة فنكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، ويانه ما قاله (لأن المولى قد ملكه) لأن كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة

ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق إلى المولى ، لأن الوكيل في الكتابة سفير . قال (ولا يعتق على مال) لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى (ولا يقرض) لأنه تبرع محض كالمهبة (ولا يهب بعوض ولا يغير عوض . وكذا لا يتصدق) لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة . قال (إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لأنه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهرين ، بخلاف المحجور عليه لأنه لا إذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته . وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقاته على ذلك الطعام فلا بأس به ، بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوا قبل الشهر يتضرر به

فإن قيل : قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الإذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البر دون الحر . أجيب بأنه ضرر غير متحقق . ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالنهن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك . وبالحملة إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكه فليس السؤال واردا ، إلى هنا كلامه . أقول : إن قوله وبالحملة الخ ليس بشيء . أما أولا فلأن حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا يجوز ، ولا ينبغي أن ثبوت كون العبد متصرفا بأهليته ومالكه لا يدفع ورود ذلك ، إذ لا شك أن المتصرف بأهليته ومالكه لا يملك الإضرار بالغير . إذ لا إضرار في الإسلام . وأما ثانيا فلأنه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لعمالة . وإلا يلزم أن ينسد باب المعارضة بالكلية لأنها إقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ، ولا شك أن السؤال المزبور معارضة ، فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون

(ويصير العبد نائبا عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (إلى المولى لأن الوكيل في الكتابة سفير) لكونها إسقاطا فكان قبض البدل إلى من نفذ العتق من جهته . ولقاتل أن يقول : الوكيل سواء كان سفيرا أو لا إذا عقد العقد لا يحتاج إلى إجازة وما هنا ليس كذلك . ويمكن أن يجاب عنه بإثبات الوكالة بطريق الانقلاب ، وإنما قال ولا دين عليه لأنه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا بطلت كتابته وإن أجازة المولى لأن المولى بالإجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد ، وقيام الدين بمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثير (ولا يعتق على مال لأنه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد مابقي عليه درهم (فالإعتاق أولى) وهذا إذا لم يجز المولى ، فإن أجاز ولا دين عليه جاز لأنه يملك إنشاء العتق فيملك الإجازة وقبض المال إلى المولى دون العبد ، وكذا إذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للفرماء لأنه لو أنشأ العتق جاز ويضمن القيمة . فكذا إذا أجاز ولا سبيل للفرماء على العوض ، لأن ما يوديه (كسب الحر) ولا حق لم في كسب الحر ، بخلاف بدل الكتابة فإنه يؤدي في حال الرق فتعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق ، لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة ، إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف) ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير إلى أن إهداء غير المساكات لا يجوز أصلا ، والإهداء اليسير راجع إلى الضيافة اليسيرة ، والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته . قال محمد بن سلمة رحمه الله : إن كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فأتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان سيرا ، وإن كان مال تجارته عشرة دراهم مثلا فأتخذ ضيافة بمقدار دنانير فذلك يكون كثيرا عرفا ، والمدينة

(قوله لأنه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا) أقول : قال الإمام العلامة الزيلعي : وهذا مشكل ، فإن الدين إذا لم يكن مستغرقا لرقبه ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى بإجماع أصحابنا ، حتى جاز للمولى عتق ما في يده ، فكيف تتصور هذه المسئلة على قول من يأبى هذا وإنما الخلاف في المسترق ، فمتد أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اه (قوله قل الدين أو كثير) أقول : فيه بحث (قوله بخلاف بدل الكتابة فإنه يؤدي الخ) أقول : فيه نوع تأمل ، فإنه إذا كلن مديونا لا تجوز الكتابة إلا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة . وفيه وجه آخر فنذكر .

المولى . قالوا : ولا بأس للمرأة أن تنصّدق من منزل زوجها بالشئ اليسير كالرغيف ونحوه . لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة . قال (وله أن يحطّ من الثمن بالمعيب مثل ما يحط التجار) لأنه من صنيعهم . وربما يكون الخط أنظر له من قبول المعيب ابتداء ، بخلاف ما إذا حط من غير عيب لأنه تبرّع بمحض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ، ولا كذلك المحاباة في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لأنه من عادة التجار . قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للفرءاء إلا أن يفديه المولى) وقال زفر والشافعي : لا يباع ويبيع كسبه في دينه بالإجماع . لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لاشقويّ مال قد كان له ،

قوله هذا (قوله وديونه متعلقة برقبته يباع للفرءاء) أى يبيعه القاضى للدين الغرماء بغير رضا المولى . فإن قيل : ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحرّ العاقل بسبب الدين ويبع القاضى العبد بغير رضا مولاه حجر عليه . أجيب بأن ذلك ليس بمحجر عليه ، لأنه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه ، إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستترقة بالدين في جواز أن يبيعهما القاضى على الورثة إن امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لا يعدّ حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء ، كذا في العناية وعامة الشروح ، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى النخيرة . أقول : في الجواب فنظر . لأنه لا يحسم مادة الإشكال . إذ لاسأل أن يعيد الكلام إلى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك ، فإنه يقتضى الحجر على الحرّ العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة . ثم إن الفرق بينه وبين التركة المستترقة بالدين ظاهر . إذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستترقة بالدين ، لأن حق الغريم يقدم على حق الوارث . ولهذا إذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستترقة بالدين لا ينفذ إعتاقهم ، بخلاف العبد المأذون له فإن ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ إعتاقه إياه . وسأبقى ذلك كله في الكتاب ، فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستترقة بالدين إنما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة . وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين . وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيازم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله إلا أن يفديه المولى) قال صاحب العناية : وقوله إلا أن يفديه المولى إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا لأن اختيار الفداء من الغائب غير متصور . أقول : فيه بحث . لأن قوله إلا أن يفديه المولى إنما يشير إلى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء . لأنه إنما يتصور إذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور . وأما أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا فلا إشارة في قوله المذكور إليه . لأن الفداء من المولى إنما يتصور عند حضور المولى أو نائبه . وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتها أيضا كما لا يخفى . والبيع إنما يجوز فيما إذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد التثنية في المسئلة المذكورة . فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تينك صورتين أيضا فن أن حصلت الإشارة إلى إخصار جوازه في صورة حضور المولى ؟ نعم البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به في الشروح وعامة المعبرّات حيث قالوا : هذا إذا كان المولى حاضرا . فأما إذا كان غائبا

بالمأكول كالضباغة به . والقياس أن لا يصح شئ من ذلك لأنه تبرّع . لكن تركناه في اليسير لأنه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين . والمجاهر هو الغنى من التجار فكانه أريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالهجاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فحرق إلى المجهز . كذا في المغرب وباقى كلامه ظاهر . قال (وديونه متعلقة برقبته) إذا وجب ديون على المأذون بالتجارة أو بما هو في معناها ، فإن كان له كسب يبيع بدينه بالإجماع ، وإن لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يباع للفرءاء) إلا أن يفديه المولى . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يباع (لأن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن حاصلًا لاشقويّ مال حاصل . وذلك أى غرض المولى حاصل في تعلق الدين يكسبه حتى إذا فضل شئ من عن الدين يحصل للمولى .

وذلك في تعاقب الدين بكسبه ، حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة ، بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جنائية ، واستهلاك الرقبة : بالجنائية لا يتعلق بالإذن . ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك ، والجامع دفع الضرر عن الناس ، وهذا لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن . وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة ، فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى . ويتعلم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه .

فإنه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى ، فإن الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بحضوره أو بحضرة نائبه ، بخلاف الكسب فإنه يباع بالدين وإن كان المولى غائبا لأن الخصم فيه هو العبد اهـ . لكن الكلام في حصول الإشارة إليه في القول المصنف إلا أن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن) قال صاحب العناية : وهذا إشارة إلى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف فسيبها داخل تحت ، وإذا كان داخلا تحت كان ملتزما ، فلم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرارا لأن الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فتوى حقوق الناس . وقال : ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى اهـ . أقول : لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن الأوجه هو الذى ذكره ثانيا بقوله ويجوز أن يكون بيانا الخ وإن كان أسلوب تحريره شعر بخلافه ، وذلك لأن كون سبب

وقوله (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه . فإن قيل : إذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك . أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جنائية . واستهلاك الرقبة بالجنائية لا يتعلق بالإذن) ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك . وليس الكلام في ذلك وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن (ولنا أن ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى) بالإذن . وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه في حق المولى (تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) (قوله وهذا) إشارة إلى دفع الضرر . وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف فسيبها داخل تحت ، وإذا كان داخلا تحت كان ملتزما ، فلم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرارا لأن الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فتوى حقوق الناس . ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى . وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قولهما إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له الخ ، وبيانه أن الدين إذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعامون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح ، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فإن خوف التوى يمنعه من ذلك . فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضا للمولى . فإن قيل : لا يصلح أن يكون غرضا للمولى لأنه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا . أجاب بقوله (ويتعدى الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه إشكال ، وهو أن المبيع إن كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد ، وإن لم يكن باقيا أو كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر . وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه المولى حين لادين على العبد ثم ركبته ديون فإنه لا يجب على المولى وده إن كان باقيا ، ولا ضمانه إن لم يكن . بل يباع العبد بالدين إن اختاره المولى ويكون البيع جابرا لما فات من العبد ، والظاهر أى الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد . قيل : وليس بواضح ، وذلك لأنه لاتفاق بينهما ، غير أنه يبدأ بالكسب في استيفاء نظرا للجائنين ، وعند عدمه يستوفى من الرقبة لأنه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما إذا قبض ميبعا قبل ترك الديون دون غيره . بل الواضح فيه أن يقال : المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب ، وذلك لا يكون إلا بعد دخول مبيع ، أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته ، وهلاكه في ملكه لا يخرج به

(قوله وهذا إشارة) أقول : ولعل الأولى أن يكون قول المصنف وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته (قوله إلى دفع الضرر) أقول : يعنى الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته (قوله قيل وليس بواضح ، إلى قوله : لأنه لا دليل الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن تصور الثراء يبين بوضوح

وتعلقه بالكسب لا ينافي تعاقه بالرقبة فيتعلق بهما ، غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى ، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة . وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان الغصب والودائع والأمانات إذا جردها ، وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء فيلحق به

الدين التجارية وكون التجارة داخلية تحت الإذن لا مدخل لخصوصية شيء منها في حق تضرر الناس . فلنهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير إذن المولى . وسواء كانت التجارة تجارة داخلية تحت الإذن أو تجارة غير داخلية تحتها ، كما إذا لحن بالعبد المحجور دين بسبب التجارة . وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة . فبالحمل على المعنى الأول لا يمت الفائدة والتعريب . وأما بالحمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك ، لأن المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم إبطال حق المولى من غير رضاه ، وإذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت إذن المولى زال ذلك المانع قطعاً فتعلق الدين برقبته . وبما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب الكافي دليلنا هاهنا حيث قال : ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى . لأنه وجب بسبب التجارة وإذنه قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس ، وكذا تحرير صاحب الغاية إياه حيث قال : ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياساً على دين الاستهلاك . أما وجوبه على العبد فظاهر . وأما ظهوره في حق المولى فلأن سبب الدين هو التجارة بإذن المولى فكان ظاهره في حق المولى لا محالة ، وإذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك ، بخلاف ما إذا أقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم إذنه اه كلامه . ثم إن بعض الفضلاء قال : هاهنا : ولعل الأول أن يكون قول المصنف وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته اه . وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المثل حيث قال قوله وهذا : أي كون دين تجارته متعلقاً برقبته باعتبار أن سببه التجارة ، وهي أي التجارة داخلية تحت الإذن اه . أقول : هذا الاحتمال هاهنا ليس بشيء لأن تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزفر والشافعي ، ولو كفى في إثبات

عن المقابلة ، والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد لأن الشراء بعين نادر . ومعنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشترى الديون التي على العبد بالعبد . ولو لم تكن مساوية لقيمتها كان ذلك شراء بعين وهو نادر ، وتحقيقه أنها لو لم تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد . والجواب الأول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكره المتعرض . والثاني عام لكنه إنما يستقيم على مذهبهما ، فإن المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجيء . وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة . وذلك لأنه لا تافى بينهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظراً للجائنين ، وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم . وقوله إلا أن يفديه المولى إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً ، لأن اختيار القضاء من الغائب غير متصور لأن الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بمحضته أو بمحضرة نائبه . بخلاف بيع الكسب فإنه لا يحتاج إلى حضور المولى لأن العبد خصم فيه . فإن قيل : ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه . أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه ، لأنه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه ، إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء . وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستترقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة إذا امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لا يمدح حجراً لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب)

(قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول : فيه نأمل (قوله والجواب الأول على ملاب أبي حنيفة رضي الله عنه ، وهو مخصوص بما ذكره المتعرض والثاني عام ، لكنه إنما يستقيم على مذهبهما الخ) أقول : قوله الأول أراد به ما تقدم بسعة أسطر تخميناً ، وهو قوله وأجيب عنه بأن المراد بيع قبضه الخ . وقوله بما ذكر المتعرض أراد به ما تقدم بسعة أسطر تخميناً ، وهو قوله على أنه مخصوص بما إذا قبض مبيعاً الخ .

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كعقلها بالتركة (فإن فضل شيء من ديونه طُوب به بعد الحرية) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاة الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كي لا يتمتع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلو له (وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يكن منه يجبر عليه فلا يحصل الكسب ، والزيادة على

ذلك قوله لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا الزبور مستلزمة. ولا يخفى أن العدة في إثبات مطلوبنا هنا إنما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج إلى البيان ، وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ، ولذلك فرع عليه المصنف إياه بقوله فيعلق برقبته ، فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا إشارة إلى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير . وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كعقلها بالتركة ، فإن فضل شيء من ديونه طُوب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاة الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : إذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كعقل الحقوق بالتركة . وإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه ، كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء ، فإن بقى عليه شيء من ديونه : أى ديون العبد طُوب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاة الرقبة به اه كلامه . أقول : في تقريره خلل ، فإن ذكر قوله فإن بقى عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفرغ بعد أن قال : وإن لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم ، لأنه إذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه فاما معنى الشرطية ، وكان حق التحرير أن يقول : فما بقى عليه شيء من ديونه طُوب به بعد الحرية ، بخلاف قول المصنف فإن فضل شيء من ديونه طُوب به بعد الحرية فإنه في موقعه إذ لم يعين فيها قبله عدم وفاء الثمن بالديون ، بل إنما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفرغ كما لا يخفى قوله لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ : فكان ككسب غير منزع اه . أقول : قد أخذ بحق المقام بما زاده ، فإن

يعنى مختصر القدورى ، ومعناه ظاهر . قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) إذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كعقل الحقوق بالتركة) وإن لم يكن وفاء بالثمن يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء (فإن بقى عليه شيء من ديونه) أى ديون العبد (طُوب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاة الرقبة به) ولا سبيل لم عليه قبلها لأنه صار ملكا للمشتري . والدين ما وجب بإذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانيا كي لا يتمتع البيع) فإن المشتري إذا علم أن العبد الذى يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الأول ويتضرر الغرماء (أو دفعا للضرر عن المشتري) لأنه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين ، فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ، ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فإنه لا يباع عليه ثانيا وإن كان راضيا بالبيع ، لأن الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذى يبدأ به ، والذى لا يبدأ به . فالكسب الذى لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة ، لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منزع . (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلو له) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك (وللعولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع

وقوله والثاني أراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ (قوله ولا سبيل لهم) أقول : بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيعه) أقول : إذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به (قوله فكان ككسب غير منزع) أقول : ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاصه لتصليل الهبة ،

غلة المثل يردّها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم . قال (فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ، ويشترط علم أكثر أهل سوقه . حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ، ولو بايعوه جاز ، وإن بايعه الذى علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحض من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ، ويبقى العبد مأذونا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعتق ، وهذا لأنه ينتصر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به ، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعا . أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه . قال (ولومات المولى أو جنّ أولق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه) لأن الإذن غير لازم . وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء ، هذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهى تنعدم بالموت والجنون . وكذا بالاحق

التشبيه بكسب غير منترع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصا بما يقبله العبد من الهبة . مع أنه يتم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لحرانيته في الصورتين معا بلا تفاوت . كيف ولو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الأولى

الأرض أو كراثها أو أجرة غلام أو نحو ذلك . ومعناه : له أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه في كل شهر بعد مالزمته الديون كما كان يأخذ قبل ذلك ، وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ، ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون . والقياس أن لا يأخذ أصلا ، وإن أخذ شيئا رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء . ولكنه استحسّن فقيل لسلامة المقرّ قبله للمولى لأن في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بإبقائه على الإذن بسبب ما يصل إليه من الغلة ، فلو لم يمكن من ذلك الحجر عليه فلا يحصل الكسب . وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعدّ ذلك من باب تحصيل الغلة ، فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها . ثم إذن المولى لعبيده إما أن يكون شائعا أولا . فإن كان الأول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا أكثر أهل سوقه لتلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه . لأن العبد إن اكتسب شيئا أخذه المولى . وإن لحقه دين أقام البيئة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك : أى تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على إذنه إلى أن يعلم بالحجر لأنه ينتصر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به ، فكان كالوكيل إذا لم يعلم بالعتق ، ولو حجر في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة ، وإن بايعه الذى علم بحجره لأن الإذن لا ينتج أ : ألا ترى أنه لا ينتج ابتداء فكذا بقاء . ولو حجر في بيته بمحض من أهل سوقه انحجر لأن المعتبر شيوع الحجر واشتاره : فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام . وإن كان الثاني بأن لم يعلم بالإذن إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والإضرار . قال (ولومات المولى أو جنّ أولق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف إذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج إلى قيام الأهلية حالة البقاء كالابتداء . وعلى هذا إذا مات المولى أو جنّ جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه أولحق بدار الحرب انحجر المأذون لانقضاء الأهلية بهذه الموارض حقيقة أو حكما : لأن اللاحق موت حكى ولهذا يقسم

وفيه بحث فالحق تعميمه التعلق بكسبه أيضا (قوله ومعناه : له أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه في كل شهر بعدما لزمته الديون الخ) أقول : قوله بعد ناظر إلى قوله أن يأخذ (قال المصنف : وإن بايعه الذى علم بحجره) أقول : لفظة أن لا تصل .

لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته . قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه) وقال الشافعي : يبقى مأذوناً لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن ، فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب . ولنا أن الإباق حجر دلالة ، لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه ، بخلاف ابتداء الإذن ، لأن الدلالة لا تعتبر بها عند وجود التصريح بخلافها ، وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر . قال (وإذا ولدت المأذون لها من مولاهما فلذلك حجر عليها خلافاً لزفر ، وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء . ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة ، بخلاف الابتداء لأن التصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها إن ركبها ديون) لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء ، إذ به يتمتع البيع وبه يقضى حقهم . قال (وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها) لانعدام دلالة الحجر ، إذ العادة ماجرت بتحصيل المدبرة . ولا منافاة بين حكميها أيضاً ، والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد . قال (وإذا حجر على المأذون له فأقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة)

وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة في المقام ، ولم يعهد مثله من المصنف رحمه الله قط (قوله بخلاف ابتداء الإذن ، لأن الدلالة لا تعتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول : لقائل أن يقول : إذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الآبق محجوراً في البقاء أيضاً ، إذ قد وجد التصريح بالإذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الإباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر . ثم أقول : يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالإذن في الابتداء لا يقتضي وجوده إلى حال الإباء ، فالعلوم قطعاً إنما هو وجوده في الابتداء . وأما وجوده في البقاء فلأنما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ، ولذلك تكون دافعة لا مثبتة ، فيجوز أن ترجع الدلالة عليها ، وعن هذا اعتبرت

ماله بين ورثته . قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه . وقال الشافعي رحمه الله : يبقى مأذوناً لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن) فإن المولى إذا أذن لعبد الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذوناً ، فلأن لا ينافي بقاءه أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فإن المولى لو أذن لعبد المصنوب الذي يمكن للمالك أخذه بأن يكون له بيعة أو يكون الغاصب مقراً صح . وكونه منصوباً لا ينافي الإذن فكذا كونه آبقاً (ولنا أن الإباق حجر دلالة ، لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه) ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضياً به ، وإنما لم يكن مانعاً في الابتداء لأننا نجعله حجراً دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب ، لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر) وإن عاد من الإباق هل يعود الإذن ؟ لم يذكره محمد رحمه الله ، والصحيح أنه لا يعود (واستيلاد المأذون لها حجر عليها) إذا لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله : ليس بحجر اعتباراً بالابتداء) فإن المولى لو أذن لأم ولده جاز ، فكذا إذا استولدها بعد الإذن وهو القياس . واستحسن العلماء رحمه الله حججها بالاتفاق ، لأن العادة جرت في الظاهر أن الإنسان يحصن أم ولده ولا يرضى بنحو وجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجراً دلالة ، ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها إن ركبها الديون لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء ، إذ به يتمتع البيع وبه يقضى حقهم) قال (وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها) معناه ظاهر ، وإنما قيد بكونها أكثر لتظهر القائدة أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها . وقوله (ولا منافاة بين حكميها) أي حكم الإذن والتدبير لأنه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق ، وحق العتق إن كان لايؤثر في فك الحجر لايؤثر في الحجر عليه . قال (وإذا حجر على المأذون له فأقراره جائز) إذا حجر على العبد المأذون له فأقر

(قوله وصار كالغصب فإن المولى لو أذن لعبد المصنوب) أقول : الأولى أن يقول : أو غصب العبد المأذون يبقى الإذن على ما كان ، إذ لا خلاف في صحة الإذن بعد الإباق حتى يحتاج إلى دليل .

ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غضب منه أو يقرّ بدين عليه فيقضى بما في يده . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا يجوز إقراره . لهما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر ، وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ، ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر . وله أن المصحح هو اليد ، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة . وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته . وإقراره دليل تحققها ، بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار ، لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل بإقراره ، وكذا ما كنه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه ، وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك

في البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لهما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر . وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية : فإن قلت : يشكل على هذا ما ذكره في ودعية المبسوط بقوله عبد استودع رجلا ودعية ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الدعية تاجرا كان العبد أو محجورا عليه ، فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل ، لأن فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك ، فعلم بهذا أن ليد اعتبارا وإن كان محجورا ، والدليل على هذا ما ذكره الإمام الأستروشنى في ودعية أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال : لأن العبد آدمي له يد حكيمة فلا يكون لمولاه أن يأخذ من المودع مالم يحضر العبد . قلت : تلك المسئلة مؤولة ذكر تأويلها في الفصل السادس عشر من ودعية الذخيرة فقال : وهذا إذا لم يعلم المودع أن الدعية كسب العبد ، وأما إذا علم أنه كسبه فلمولى حق الأخذ ، وكذلك إذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ ، إلى هنا كلام صاحب النهاية . وقد اثنى أثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أنصر من الأولى . أقول : ذلك الجواب لا يسمن ولا يفتنى من جوع ، فإن تأويل تلك المسئلة بما فكر مع كونه مما ياباه قطعاً ما ذكره الإمام الأستروشنى في ودعية أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مرّ في آخر السؤال

بما في يده من المال لغير مولاه فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله . قال المصنف (ومعناه أن يقرّ بما في يده أنه أمانة لغيره) وإنما فسر به ذلك لأن مطلق الإقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصب ، فبين أن المراد به التعميم وقدم الأمانة لذلك ليقضى بما في يده للمقرّ له (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا يجوز إقراره) لأن المصحح لإقراره إما الإذن أو اليد ، ولا شيء منهما موجود بعد الحجر . أما الإذن فلزواله بالحجر ، وأما اليد فلأن الحجر أبطلها لأن يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا . وردّ بأننا لا سلم أن يده غير معتبرة ، فإنه لو استودع ودعية ثم غاب ليس لمولاه أخذها . والمسئلة في المبسوط . ولو كانت غير معتبرة كالت الدعية كتوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء . وأجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الدعية كسب العبد ، أما إذا علم ذلك فلمولى أخذه ، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره) بيان لإبطال الحجر يده بمسائل متفق عليها ، فإن المولى إذا انتزع ما بيده لا يسمع إقرار العبد فيه بالاتفاق ، وكذا إذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح إقراره . ولا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لاتباع رقبته بسبب ذلك الإقرار بالاتفاق (ولأبي حنيفة رحمه الله أن المصحح لإقراره هو اليد ولهذا لا يصح إقراره بما انتزعه المولى من يده) لزوال المصحح (واليد باقية حقيقة) وحكما . أما حقيقة فظاهر ، لأن الكلام في الإقرار بما في يده . وأما حكما فلأن شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها . ولقائل أن يقول :

(قال المصنف : وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول : يخالف لما سبق في المضاربة .

على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ، ولهذا لم يكن خصما فيها بآشره قبل البيع . قال (وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده .

لا يجدي نفعا في دفع الإشكال الناشئ من المقدمة القائلة إن يد المحجور غير معتبرة ، إذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الوديعة التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها ، بل إنما يأخذها ذلك العبد ، فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية ، ومالم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الإمامين في مسئلتنا فلا يتم التقريب . لا يقال : يجوز أن يكون المراد بقولهما في التعليل لأن يد المحجور غير معتبرة إن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه ، وهذا القدر من الكلية يكفي في إثبات مدعاهما هاهنا . لأننا نقول : هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقق ، لأن من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه إقراره بعد الحجر بأن مافي يده أمانة لغيره ، ففي هذه الصورة إذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده إذا ذاك معتبرة على مقتضى مامر في مسئلة المبسوط وتقرر بعد تأويلها . ومن تلك الصور أيضا إقراره بعد الحجر بأن مافي يده غصب من غيره ، ففي هذه الصورة أيضا إذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك إذا لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه ، إذ لا يزول عنه حينئذ ملك المصنوب منه كما سيبيح في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد ، تدبر تفهم (قوله فلا يبقى ماثبت بحكم الملك) قال في العناية : يعني به الإذن ، لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اهـ . وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وإن اختلفت عبارتهم ، منها ما ذكره صاحب الغاية فإنه قال : أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ماثبت له من الإذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الإذن اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن عدم بقاء الإذن مقرر فيما نحن فيه أيضا ، وهو ما إذا حجر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه ، والمصنف هاهنا يصدد الفرق من قبل أي حنيئة بين ما نحن فيه وبين ما إذا باعه ، فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الإذن لما كان لذكر هذه المقدمة : أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا هاهنا لعدم اختصاص عدم بقاء الإذن بما إذا باعه دون ما نحن فيه ، فيلزم أن يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ، ولا ينبغي ذلك لمثل المصنف . والوجه عندى أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله المزبور يده الحكمة كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغا عن حاجته . ولما كان تبدل الملك فيما إذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ماثبت بحكم الملك الأول من يده الحكمة ، بخلاف ما نحن فيه ، فإن البدنية باقية حقيقة وحكما ما لم يفرغ عن حاجته ، وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هانئك المقدمة جدا ، فتأمل وكن الحاكم الفيصل (قوله وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال في العناية : إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته ، أو لا تحيط بشيء من

الإقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا أو عند صحته ، والأول ممنوع والثاني مسلم ، ولكن صحة هذا الإقرار في حيز النزاع فلا يصلح أخذه في الدليل . والجواب أن مطلق دليل تحققها حلالا لحال المقر على الصلاح . فلان قيل : لو كان إقراره دليل تحققها لصح بما أنزعه المولى من يده قبل الإقرار . أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما . أما حقيقة فلأن الكلام فيها أنزعه من يده قبل الإقرار . وأما حكما فلأن النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده بإقراره ، لأنه إقرار بما ليس في يده أصلا وهو باطل . والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما إذا أنزعه المولى الخ أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها ، وهو ظاهر . وقوله (على ما عرف) إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها . وقوله (فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) يعني به الإذن لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك . وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبدل العبد ، فإن العبد إذا بآشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بيع وغيره بعده كعبد آخر لم يآشره ولو لا تبدله لكان خصما لبعده المباشرة عنه حقيقة . قال (وإذا لزمته ديون) إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته أو لا تحيط بشيء من ذلك ، أو أحاطت

ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة . وقالوا : بملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته) لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك إعتاقها ، ووطء الجارية المأذون ١١ ، وهذا آية كاله ، بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركه . أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد . وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه ، وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريضة ، وإذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به . قال (وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر ، وكذا عنده لأنه لا يعرى عن قليله ، فلو جعل مانعا

ذلك ، أو أحاطت بماله دون رقبته . فالأول كما إذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم . والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم . والثالث أن يكون عليه ألف درهم اه . أقول : لقائل أن يقول : هذه القسمة ليست بمعامرة ، إذ هنا إحاطة قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث . والجواب أنه قد تقرر فيها مر أنه يبدأ بكسب المأذون المديون في الاستيفاء ، وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته . فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي هو كسبه . فكانت الأقسام التي يمكن تحقيقها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما إذا لزمته ديون ، ولهذا لم يلتفت إلى قسم آخر هو إحاطة عقل محض لا تحقق له في الشرع (قوله وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا) الظاهر أن مراده إذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه

بماله دون رقبته ، فالأول كما إذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم . والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم . والثالث أن يكون عليه ألف درهم ، ففي الأول لم يملك المولى ما في يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق . عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لأن سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فإن ملك الأصل علة الملك الفرع (ولهذا يملك إعتاقها) يعني الرقبة (ووطء الأمة المأذون لها ، وهذا) أي المذكور من ملك الإعتاق وحل الوطء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه إعتاقه . فإن قيل : سلمنا ذلك ، لكن المانع متحقق وهو إحاطة الدين فإنها تمنع عن ذلك ، كما في التركة إذا استغرقت الديون فإنها تمنع إعتاق الوارث . أجاب بقوله (بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورث) بإيصال ماله إلى أقرب الناس إليه ، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب ، ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركه (بل النظر في ضده) أي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين لأنه فرض عليه والميراث صلة ، وإذا كان سبب الملك النظر وقد فاتت فات الملك ولا عتق في غير الملك (أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد) ليراعى ذلك بعدم العتق حتى تقضى ديونه (وإذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به . ولأن حنيفة رحمه الله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه) يعني في مسألة تعلق الدين بكسبه (والمال الذي أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه) يعني كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى ، لأن الخلافة في الموضعين لانعدام أهلية الملك في المال ، فالتبليس بأهل للمالكية كالرقيق ، لأن المالكية عبارة عن القدرة ، والموت والرق ينفيان ذلك . بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (وإذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عند عرف العتق وعدمه لكونه فرع) فن قال بثبوت الملك فنفذ العتق ، ومن لم يقل به أبطله . وفي الثاني يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه في قولهم جميعا . أما عندهما فظاهر ، وكذا عنده لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين ، فلو جعل مانعا

(قوله فإن قيل : سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول : يعني المانع عن ثبوت الملك .

لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه . قال (وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وإن باعه بنقصان لم يجز مطلقا) لأنه منهم في حقه ، بخلاف ما إذا جاز الأجنبي عند أبي حنيفة لأنه لا تهمة فيه ، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده .

في قولهم جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتمدة ، إلا أنه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقته بناء على ما ذكرناه آنفا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته ، وإذا لم تحط الديون بماله يتعين عدم إحاطتها برقبته فلم يحتج إلى ذكر الثاني بعد ذكر الأول ، وما وقع في عامة الكتب فن قيل التصريح بما علم التزاما مجرد الاحتياط . ثم اعلم أن هذا الذي ذكره المصنف ما هنا هو حكم القسم الثاني من الأقسام الثلاثة المارة ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيها قيل . وحكم القسم الأول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقته لم يملك المولى ما في يده ، ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة ، وقالوا : يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته . وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط . وعن هذا قال صاحب العناية . وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب . ونقل بعض الشارحين عن يروع الجامع الصغير أن الحق فيه جائز اه . وأراد بعض الشارحين صاحب غاية البيان فإنه قال : قال في يروع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لبعده في التجارة فاشترى عبدا يساوى ألفا وهو يساوى ألفا وعلى الأول ألف درهم دينا فأعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز . وإن كان المدين ألقي درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه ، وقال أبو يوسف ومحمد : عتقه جائز في الوجهين جميعا اه . أقول : في جواز عتقه عند أبي حنيفة في الوجه الأول من هذين الوجهين المذكورين في يروع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الأقسام المارة ذكرها إشكال على مقتضى دليhle المذكور في الكتاب لإثبات مذهبه في القسم الخلفي الذي ذكر في الكتاب أولا وفي الجامع الصغير ثانيا ، فإن حاصل ذلك الدليل أن ملك المولى إنما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته ، والمال الذي أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك ، وإذا لم يثبت فيه الملك لم يجز إعتاقه . ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بنيتها فيما إذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغي أن لا يجوز إعتاقه فيه أيضا (قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين) أقول : في هذا التعليل شيء ، وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب ، وقد صرح به في غاية البيان حيث قال : اعلم أن العبد المأذون المدين إذا باع من مولا شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اه . وكونه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد ، إذ قد مر في المسئلة الأولى أنهما قالوا : المولى يملك ما في يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بماله ورقته . ولهذا لو أعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليتأمل في التوجيه (قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية : وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة ، وهو قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اه . ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه .

لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه (وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب . ونقل بعض الشارحين عن يروع الجامع الصغير أن الحق فيه جائز . قال (وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) إذا باع العبد المدين الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز (لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين) . ويعلم منه أنه إذا لم يكن عليه دين لا يجوز لأنه ليس بأجنبي (وإذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أي سواء كان كثيرا أو قليلا (لأنه منهم في حق مولا) . يميل إليه عادة ، بخلاف ما إذا باع من الأجنبي بذلك فإنه يجوز مطلقا لأنه لا تهمة فيه . فإن قيل : الهمة فيه قد تكون موجودة . أجيب بأنه موهوم حيث أنه لم ينشأ عن دليل (قوله وبخلاف ما إذا باع المريض) مروي بالواو

لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته . أما حق الغرماء تعلق بالمالية لاغير فافترقا . وقال أبو يوسف ومحمد : إن باعه بنقصان يجوز البيع ، ويغير المولى إن شاء أزال المحاباة ، وإن شاء نقض البيع ، وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء . ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم ، وهذا

وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه ، بل المناسب لذلك عدم الواو اه . أقول : بل قوله لأنه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح ، فإنه معطوف حينئذ على قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المثلتان : أعني قول القلدرى وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز ، وقوله وإن باعه بنقصان لم يبرأ من المحاباة ، وبخلاف ما إذا حابى الأجنبي . وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته . لكن على التوزيع بطريق ألف والنشر الغير المرتب : أى المسئلة الثانية ملايسة ، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي والمسئلة الأولى ملايسة ، بخلاف ما إذا باع المريض من

وبغيره . قال في النهاية : وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة . وهو قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف . وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه ، بل المناسب لذلك عدم الواو . وقال : ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي : أى أنه يجوز في كل حال : أعني إذا كانت المحاباة سيرة أوفاحشة أو كان البيع بمثل القيمة : يبيع المريض من وارثه لايجوز عند أبي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الأحوال ، وهذا أوجه ، ولكن النسخة بالواو تأباه . قلت : ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى ، لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا . ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب . والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة ، وفي كلامه تعقيد ، وتقرير كلامه هكذا : وإن باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل القيمة حيث لايجوز عنده ، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه : أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته ، أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لاغير فافترقا : أى المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ، ثم بعد ذلك يذكر قوله وإن باع بنقصان لم يبرأ الخ . وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله : إن باعه بنقصان يجوز البيع ويغير المولى ، إن شاء أزال المحاباة بإلصاق البئن إلى تمام القيمة ، وإن شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ . قيل والصحيح أنه قول الكل لأن المولى يسيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع ، فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى ، فصار العبد في تصرفه مع مولاة كالمرضى المديون في تصرفه مع الأجنبي (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوى المحاباة باليسير والكثير ، فإن على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه إذا باع من مولاة بنقصان يسير أو كثير لايجوز فلا يغير ، وعلى مذهبهما يجوز ولكن يغير المولى (ووجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم ، وهذا) أى الذى ذكرناه من

(قوله وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه معطوف على قوله بخلاف ما إذا حابى الخ : يعنى أن مسئلة القلدرى ملتبسة ، بخلاف هذا باعتبار جزئها الثاني ، وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الأول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول : يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله فلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم الخ) أقول : ويفهم منه جواز بيعه للأجنبي بمثل قيمته دلالة كالأجنبي (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول : بل يرد بأن يقال إذا جاز بيع المأذون من الأجنبي بالمحابة : ينبئ أن يجوز بيع المريض من وارثه بها وبدونها أيضا . فأتجاب بقوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز فكيف بالمحابة (قوله والظاهر عدم الواو ، إلى قوله : وفي كلامه تعقيد) أقول : فيه بحث (قوله فافترقا : أى المولى والمريض) أقول : الظاهر أن يقال : أى العبد والمريض .

بغلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة ، والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين . فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للهمة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها ، وبغلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ، ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرته بنفسه ، غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء ، وهذان الفرقان على أصلهما . قال (وإن باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ولا همة في هذا البيع ، ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فإن سلم المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لأن حق المولى في العين من حيث الحبس ، فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده ، وبغلاف ما إذا كان الثمن عرضا لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين . قال (وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز) لأن البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أحص به من الغرماء ، وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا

الوارث بمثل قيمته ، لا أن كلنا المثلتين ملاستان بكلتا الخلافين ، فإذا تحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى . ثم إن في تصحيح المعطوف على تقدير الواو توجيها آخر أشار إليه صاحب معراج الدراية حيث قال : قوله وبغلاف ما إذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وإن باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى . تقدير الكلام : وإن باع من المولى بمثل قيمته

الجواز والتخير (وبغلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة ، والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منهما) أي من المولى والأجنبي متردد بين التبرع والبيع . أما التبرع فخطو البيع عن الثمن في قدر المحاباة ، وأما البيع (لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للهمة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها ، وبغلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا ، لأن المحاباة من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن منه في البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرته بنفسه ، غير أن فيه ضررا بالغرماء في إزالة المحاباة ، وهذان الفرقان) بلفظ الثنية ، وفي بعض النسخ وهذا الفرقان : قال في النهاية : ولكن الأول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة ، والمراد بالفرق بين المولى والأجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالتها دون الأجنبي ، والفرق بينهما في الكثرة حيث لا يجوز عندهما مع الأجنبي أصلا ويجوز مع المولى ويؤمر بالإزالة . وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج إلى ذلك ، لأنه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحاباة ، وإنما يحتاج إلى الفرق بين المولى والأجنبي في جواز البيع مع الأجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة ، وقد ذكرناه في صدر الكلام . قال (وإن باعه المولى شيئا كلامه ظاهر ، إلى قوله : فإن سلم المبيع إليه : أي العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن ، وتقرير دليله لأن حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع . والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم لحق المولى سقط به ، فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب على عبده ، حتى لو أنفد شيئا من ماله لم يضمن ، وبغلاف ما إذا كان الثمن عرضا فإن المولى يستوجب ، وهو أحق به من الغرماء لأنه يملكه بعينه بالمعقد ، ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كما لو أودع عند عبده شيئا أو غصبه منه (وإن أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز له لأنه بائع ، وللبائع حق الحبس في المبيع ، ولهذا كان هو أحص به من الغرماء) فإن قيل : فلي هذا التقدير استوجب ديننا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله وهو لا يستوجب على ما قلناه . آتفا . أجاب بقوله (وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا

كأن يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يوم مزيل المحاباة أو بنقص البيع) كما بينا في جانب العبد لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء . قال (وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعنته جائز) لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه ألتف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لأن الدين في ذمته و ما لزم المولى إلا بقدر ما ألتف ضمانا فبقى الباقي عليه كما كان (فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لأن حقهم بقدره ، بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون

جاء ، بخلاف ما إذا باع بالنقصان حيث لم يميز ، وبخلاف ما إذا باع المريض . هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اه . والعجب أن صاحب العناية وإن لم يطلع على ما ذكرناه أولا من التوجيه الوجه ، إلا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ، ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلا معطوف عليه بدون أن يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية . نعم في توجيهه تحمل لا يمتنع ، ولكن لا يمتنع أيضا أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال : والظاهر عدم الواو يجعله متعلقا بأول المسئلة ، وفي كلامه تعقيد إلى آخر ما ذكره كما سيأتي نقله وبيان حاله . وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق : ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به . وهو قوله بخلاف ما إذا حان الأجنبي : أى أنه يجوز في كل حال : أعنى إذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبى حنيفة في كل حال من هذه الأحوال ، وهذا أوجه ، ولكن النسخة بالواو تأباه ، اه كلامه . وردّ عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضا حيث قال بعد نقله أيضا عنه : قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى ، لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حان الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ، ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب اه . أقول : ليس هذا أيضا بوارد لأنه كما يفهم من قوله بخلاف ما إذا حان الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا . كذلك يفهم منه جواز بيعه منه بمثل القيمة ، غير أن الأول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة ، لأنه إذا جازت المحاباة معه فلائجاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يمتنع . وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف ما إذا حان الأجنبي : أى أنه يجوز في كل حال : أعنى إذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة فإذاً انتهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الأول دون الثانى ، مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده . لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه :

تعلق بالعين) يعنى يجوز أن يستوجب على عبده دين إذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين . كالمكاتب فإن المولى استوجب عليه بذل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته ، وهذا لأن البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن ، فإذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هى . وبالدّين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه غير بين لإزالة المحاباة ونقص الثمن كما بينا في جانب العبد) سواء كانت بسيرة أو كثيرة (لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال في النهاية : هذا على اختيار صاحب الميسوط ، وأما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله فإن هذا البيع لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا بما ذكر في جانب العبد . قال (وإذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمه بسبب التجارة أو الغصب أو جود الوديعة أو إتلاف المال (فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثله أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لأنه ألتف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه) وضمان الإتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب مزيد من مقدار ما ألتفه (فبقى الباقي عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فإن كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لأن حقهم بقدره ، بخلاف ما إذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول : يعنى القدرى .

لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استبقاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلم يتضمن شيئاً ،

يعنى أنه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة ، وقد سلك هاهنا أيضاً مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يحمل قوله المذكور متلفاً بحكم قوله المتصل به . وقال تاج الشريعة : قلت ينبغي أن يأتى بالمسئلة بلا واو لأنه أول مسئلة مودة نقضاً على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يميز ومع الأجنبي جاز ، وإنما أدخل الواو فيه لثلاثتهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اهـ . أقول : ليس هذا بسديد . أما أولاً فلأن قوله لأنه أول مسئلة مودة نقضاً على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يميز ومع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل ، لأن مسئلة الكتاب هاهنا اثنتان : أولاً قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز ، وأخراً قوله وإن باعه بنقصان لم يميز ، فكأن قوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة الأولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة ، كذلك قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لدفع توهم انتقاض المسئلة الأخرى بمسئلة المحاباة للمأذون مع الأجنبي ، وكأن قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولاه شيئاً بنقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولاه شيئاً بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته ، فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى من المستثنين المبرورين مسئلة الكتاب : أى مختصر القدورى دون الأخرى منهما فليس بصحيح ، إذ كلتاها مستثنان المذكورتان معا في مختصر القدورى ، وإن أراد بذلك أنهما وإن كانتا معا مستثنى الكتاب إلا أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي فإنه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضاً ، لأن دفع توهم الانتقاض إنما يكون ببيان الفرق ، فقصد أحدهما يستلزم قصد الآخر على أنه لاتأثير لهذا المعنى في إثبات المسئلة بلا واو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت مدعاه ، وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مستثنى الكتاب ، وقوله وبخلاف ما إذا حابى الأجنبي متعلق بأخرهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى ؟ قلنا : قد تقرر في علم الأدب أن الواو لمطلق الجمع لاترتب فيها ، فدخلوها لا يقتضى التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق ، فلا محذور في إثبات الواو هاهنا أصلاً . وأما ثانياً فلأن قوله وإنما أدخل الواو فيه لثلاثتهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتمام أيضاً ، لأنه إذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر . فإن كان المحل صالحاً للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي أن يأتى بالمسئلة بلا واو لأنه أول مسئلة مودة نقضاً على مسئلة الكتاب ، وإن لم يكن صالحاً له فكيف يصح إدخال الواو للعطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شيء ، وإن لم يكن الواو للعطف فمن أين يتلغف ذلك التوهم ، وقال صاحب العناية : والظاهر عدم الواو بمجمعه متعلقاً بأول المسئلة ، وفي كلامه تعقيد ، وتقدير كلامه هكذا : وإن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده ، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه : أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته . أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا : أى المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ، ثم بعد ذلك يذكر قوله وإن باع بنقصان لم يميز الخ . اهـ كلامه . أقول : لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن جعل الظاهر هاهنا عدم الواو وبناء على حل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الإنصاف ، ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل . ثم إن في تقريره خلافاً آخر فإنه قال في تفسير قول المصنف فافترقا :

قال (وإن باع المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيه ، فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته ، وإن شاموا ضمنوا المشتري) لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لم أن يبيعه ، إلا أن يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخبرون في التضمن (وإن شاموا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لأن الحق لم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في الموهون (فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فاللعمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد) لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم ، وصار كالأغصاب إذا باع وسلم وضمن القيمة . ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا .

أى المولى والمريض ، وكان الصواب أن يقول : أى العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل . والعجب أنه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيقول المعنى على هذا ، إلى أن يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وإن باع المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيه . فإنه شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته ، وإن شاموا ضمنوا المشتري) قال الشراح : إنما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغيب ، ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لأنهم يستمعونه أو يبيعهونه كما يريدون ، وذلك إنما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء . أقول : لقائل أن يقول : فإذا نبغى أن يكون الضمان في هذه المسئلة على المشتري فقط فإن تغيب العبد الذى فيه حق الغرماء إنما وقع منه دون البائع ولولا التغيب لأمكن لم أن يردوا البيع فيستعونه العبد أو يبيعهونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجىء في المسئلة الآتية . فإن قلت : تغيب ذلك العبد وإن وقع من المشتري دون البائع إلا أن في البائع أيضا سببية له إذ لو لا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري . قلت : نعم ، إلا أن سببية ذلك بعيدة ، وقد تقرر عندهم ومراراً أن الحكم يضاف إلى أقرب الأسباب فتأمل . ثم إن صاحب العناية

قال (وإن باع المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيه) معناه باعه بشمن لا ينى بديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال (فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاموا ضمنوا المشتري ، لأن حقهم تعلق بالعبد حتى كان لم أن يبيعه إلا أن يقضى المولى دينهم وقد ألتفاه ، أما البائع فبالبيع والتسليم ، وأما المشتري فبالقبض والتغيب : فيخير الغرماء في التضمن . وإنما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنهما لا يضمنان بمجردهما ، بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لأنهم يستمعونه أو يبيعهونه كما يريدون ، وذلك إنما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء (وإن شاموا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحق لم فلهذه الإجازة لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق) ولو كان البيع بإذنهم لم يكن هناك ضمان ، فكذا إذا أجازوا ، وكذا إذا كان الثمن وفى بديونهم ووصل إليهم فليس لم تضمين البائع على ماسيجىء ، وكذا إذا كانت الديون على المأذون موجبة إلى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه ، وليس لم حق المطالبة حتى يحل دينهم ، فإن حل ضمنوه قيمته لأنه ألتف عليهم محل حقهم وهو المالية ، وهذه فوائد التبريد المذكورة . وقوله (كما في الموهون) يعنى أن الراهن إذا باع الموهون بدون إجازة الرهن لم أجازته الرهن جاز البيع لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء (فإن ضمنوا البائع قيمته لم رد على المولى البع معناه إذا قبله بقضاء لأن القاضى إذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد إلى الحال الأولى وهو ظاهر ، ولكن بى شىء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى إذا باع التركة بغير إذن الغرماء . وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لم الاستعانة وقد فوات بالبيع ، وحق الغرماء منحصر

(قوله لأنهم يستمعونه الخ) أقول : وعلى هذا في التعليل الذى ذكره المصنف قصور . (قوله فإذا سل ضمنوه الخ) أقول : فيه تأمل (قوله وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول : قد علم هذا الجواب مما سبق في آخر الصحيفة السابقة وتكراره لإفادة الفرق مع الوعى .

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يربنوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته ، وفي كل واحد منهما فائدة ، فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل ، وبالبيع نفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه . قالوا : تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا محابة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم إليهم .

قال : ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان ، كالوصى إذا باع التركة بغير إذن الغرماء . وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لم الاستسعاء وقد فاتت بالبيع ، وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا كلامه . أقول : لا ينتج السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلا ، لأن وضعها فيها إذا كان ثمن العبد أقل من قيمته ، وأما إذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الأشياء الثلاثة المذكورة في هذه المسئلة ، بل يتعين لهم إذ ذاك إجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمين ، وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال : وهذا الخيار إذا كان أثمن أقل من القيمة . أما إذا كان أكثر أو مساويا فلا خيار لهم . ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة بيان أنه لفظ محمد في الجامع الصغير : هذا إذا باعه بأقل من قيمته ، فأما إذا باعه بغيره أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن إليهم . اهـ . فإذا كانت مسئلتنا هذه فيها إذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به أقل من قيمته لم ينتج أن يقال إن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان ، لأن حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه بأقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا . ثم أقول : في الجواب المذكور نظر ، لأن حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حتى الاستسعاء الغرماء يبيعه العبد ، ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بإتمام دون ضمان قيمة العبد فقط ، لأنهم كان لهم أن يستسعوا العبد في جميع ديونه لهم لا في مقدار قيمته فقط ، وقد فاتت بالبيع والتنقيب حتى الاستسعاء بالكلية فينبغي أن يضمن البائع المشتري جميع ما فواته وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ، ولم يقل به أحد ، وإنما الذي قالوا به أن يجب عليهم ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر (قوله قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا محابة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم إليهم) قال صاحب

في بيع التركة فافترقا . قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيعهم مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما فذلك لا يوجب الزوم في حق الغرماء (فلهذا أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمة به محدوفة من الثمن (وفي كل واحد منهما فائدة) فالأول يعني الاستسعاء (تام مؤخر والثاني ناقص) إن لم يف بديونهم (معجل وبالبيع نفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه . قال المشايخ : تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا محابة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم إليهم) قيل في عبارته تسامح لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحابة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محابة في البيع لكن لا يني الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون . وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد ، وفيه نظر لأنه ينبغي بفائدة قوله ولا محابة في البيع ، فإنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محابة ، ولعل الصواب أن يقال : قوله ولا محابة في البيع معناه أن الثمن بقي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل ، فإنه إنما يكون ناقصا إذا لم يف بالديون . فإن قيل : إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجانية كان مختارا للفداء قال هذا لا يكون

(قوله ولعل الصواب أن يقال : قوله ولا محابة في البيع الخ) أقول : فإن قيل : كيف ينتفع بهذا الفداء بفائدة قوله ولا محابة ؟ قلنا : لأن الوصول لا يستلزم القتبض فإنه يكون بإحضار الثمن والتخلي بينهم وبينه فليتأمل (قوله بدليل قوله والثاني الخ) أقول : دلالة لا تخطر من خفاء .

قال (فإن كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري) معناه إذا أنكر الدين وهذا (عند أبي حنيفة وعمره . وقال أبو يوسف : المشتري خصمهم ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له . وعنه مثل قوله في مسألة الشفعة . لأبي يوسف أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه . ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب .

النهاية في هذا اللفظ نوع نظر ، إذ كان من حقه أن يقال : وتأويله إذا باع بشئ لا يبي بديونهم كما هو المذكور في باب جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الإسلام ومأذوني الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة ، وذلك لأنه إذا لم يكن في البيع محابة ولكن الثمن كان لا يبي بديونهم كان لم أن يردوا البيع لفوات حقهم في الاستعانة فيما بين من ديونهم على العبد . وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى ، وهو انسداد باب الرد لم لأنه يَحْتَمِلُ أن لا يبي الثمن بديونهم . وإن لم يكن في البيع محابة فبيق لم ولاية الرد لاستعانة باقي الديون . اللهم إلا أن يريد بقوله فإن وصل ولا محابة في البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن ، فإنهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فيستدحيثذ باب الرد ، ولكن احتمال إرادة إحضار الثمن والتخلة بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا يَنْهَضُ ذلك اللفظ حيثذ بيانا لانسداد باب الرد لم من كل وجه . فكان المعقول ما ذكره الإمام قاضيخان في جامعه بقوله : وتأويله إذا باع بشئ لا يبي بديونهم لأنهم كان لم حق الاستعانة إلى أن يصل إليهم ديونهم ، وبعد البيع لا يمكنهم الاستعانة في ملك المشتري فكان لم أن يقضوا البيع ، وإن كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لم ولاية تقض البيع . إلى هنا كلام صاحب النهاية . وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته . وأما صاحب العناية فنقله بطريق الإجمال وأورد النظر على الجواب حيث قال : قيل في عبارته تسامح ، لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحابة في البيع لا يستلزم نفي الرد بل واز أن يصل إليهم الثمن ولا محابة في البيع لكن لا يبي الثمن بديونهم فبيق لم ولاية الرد والاستعانة في الديون . وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لم ولاية الرد ، وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله ولا محابة في البيع ، فلمهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محابة ، إلى هنا كلامه . أقول : أولا في الجواب المذكور نظر آخر ، وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فإن وصل ولا محابة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعليقه بقوله لوصول حقهم إليهم ، فإنه إذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم لم يصل إليهم حقهم بالتقام ، ووصول بعض حقهم إليهم لم يفد شيئا في نفي ردهم البيع كما بين في السؤال ، بل كان حق التعليل حيثذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم . وأقول ثانيا : يمكن الجواب عن النظر الذي أورده صاحب العناية بأن فائدة قوله ولا محابة في البيع حيثذ هي أن لم أن يقولوا في صورة المحابة إنما قبضنا الثمن على اعتقاد أن

مختارا لقضاء الديون من ماله ؟ أجيب بأن موجب الجنابة الدفع على المولى ، فإذا تعذر عليه بالبيع طوله به لبقاء الواجب عليه . وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والإعتاق حتى يواخذ به بعد العتق ، فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضى دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه ، وفيه نظر لأن قوله أنا أقضى دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة . والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه (فإن كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري إذا أنكر الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإنما قيد بالإنكار لأن المشتري إذا أقر بدينهم وصدقهم في الدعوى كان لم أن يردوا البيع بلا خلاف وقال أبو يوسف رحمه الله : المشتري خصمهم ويقضى لهم بدينهم ، لأنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيها في يده . ولهما أنه لو جعل خصما لأدعى عليه ، والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الإسلام رحمه الله : وعلى هذا الخلاف إذا اشترى رجل دارا لها شفع ثم وهبها لرجل وسلمها إليه وغاب الواهب ثم حضر الشفع فإن الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنه ، وهو رواية

قال (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة) لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه . وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه ، إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كي لا يضيّق الأمر على الناس ،

لا محابة في البيع . فإذا علمنا المحابة فيه لانرضى بها ، بل نرد البيع فنتبع العبد بنّام القيمة ، بخلاف ما إذا يكن في البيع محابة فإنه لا يمتشى فيه ذلك العذر فافتراقا . ثم قال صاحب العناية : ولعل الصواب أن يقال : قوله ولا محابة في البيع معناه أن الثمن يبق بدويهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل ، فإنه إنما يكون ناقصا إذا لم يبق بالديون اه . أقول : وفيه نظر . أما أولا فلائنه لو كان معنى قوله ولا محابة في البيع أن الثمن يبق بدويهم لذهبت فائدة قوله فإن وصل في قوله فإن وصل ولا محابة ، وفائدة قوله إذا لم يصل إليهم الثمن في قوله وتأويله إذا يصل إليهم الثمن ، إذ لا شك أن الثمن إذا كان يبق بدويهم لم يكن لم أن يردوا البيع سواء وصل إليهم الثمن أو لم يصل ، إذ لا يبق لم حينئذ حتى الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تتصور فائدة في الرد فلا يثبت لم الحيرة . وأما ثانيا فلائنه معنى انتفاء المحابة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بدويهم وهو ظاهر ، وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلا لجواز أن تنفي المحابة في البيع ، ولا يبق الثمن بدويهم . وجواز أنه يبق الثمن بدويهم ولا تنفي المحابة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محابة في البيع أن الثمن يبق بدويهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ، ولا بحسب التجوّر أو الكتابة لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه . إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه ، وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال في النهاية : أى فتصرفه دليل على أنه مأذون في التجارة وقال : هذا الذى ذكره جواب الاستحسان . وأما جواب القياس فأن لا يقبل قوله لأنه أخبر عن شيئين : أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا إقرار على نفسه . والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى ، وإقراره عليه لا يصلح حجة . وأما وجه الاستحسان فما ذكره في الكتاب اه . وافقت أثره صاحب العناية في شرح هذا المقام أثر ذلك . أقول : تحرير هذا المحل على هذا المتوال لا يخلو عن الاختلال ، فإن قولهما في تقرير وجه القياس والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى غير متمشٍ في أحد شقي هذه المسئلة ، وهو ما إذا لم يخبر بالإذن ، إذ لا إخبار من العبد في هذه الصورة فلا إقرار على المولى فيها . وأما جعل الإخبار في قولهما والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة أهم من الإخبار الحقيقي والحكى ، وادعاء أن في ذلك الشق إخبارا حكيا عن كونه مأذونا وهو تصرفه تصرف المأذون فتصح جدا كما لا يخفى . فالأولى هاهنا تحرير صاحب الكافي ، فإنه جعل هذه المسئلة على وجهين ، وذكر لكل واحد منهما وجه قياس . ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال : والمسئلة على وجهين : أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل . والقياس أن لا يصدق لأنه مجرد دعوى منه فلا يصدق إلا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام «البيئة على المدعى» وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك ، وإجماع المسلمين حجة ينص بها الأثر ويترك بها القياس والنظر ، ولأن في ذلك ضرورة ، وبلى فإن الإذن لا بد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن ، والأصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه ، وما عمت بليته سقطت قضيته . وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشيء . والقياس فيه أن لا يثبت الإذن لأن السكوت محتمل .

ابن سباعة مثل قوله في هذه المسئلة . قال (ومن قدم مصرا) رجل قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة . لأنه إن أخبر أنه مأذون له فإخباره دليل عليه ، وإن لم يخبر فتصرفه دليل على إذنه وهو استحسان . والقياس أن لا يقبل قوله لأنه أخبر بشيئين : أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا إقرار منه على نفسه . والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى ، وإقراره عليه ليس بحجة . وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب . وقوله (كي لا يضيّق الأمر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة إلى قبول قوله لأن الإنسان يبعث بالأحرار والعبيد في التجارة ، فلم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة ، وفي ذلك من الضيق مالا يخفى .

(إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لأنه لا يقبل قوله في الرقية لأنها خالصة حق المولى، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (فإن حضر فقال هو مأذون بيع في الدين) لأنه ظهر الدين في حق المولى (وإن قال هو محجور فالقول قوله) لأنه متمسك بالأصل .

(فصل)

(وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي : لا ينفذ لأن حجره لصباة فيبقى ببقائه ، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي

وفي الاستحسان ثبت لأن الظاهر أنه مأذون لأن أمور المسلمين معمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز إلا بالإذن فوجب أن يعمل عليه ، والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعا للشر عن الناس . والقياس أن يشترط عدالة الخبير لأن الحجة خير العدل . وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلوى ، إلى هنا كلامه . وافق أثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والإمام الرافعي في شرح الكنز قوله إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقية لأنها خالصة حق المولى ، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (أقول : لقاتل أن يقول : إن أراد بقوله لأنها خالصة حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع : إذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقية العبد المأذون حتى كان لم أن يبيعهوا لاستيفاء ديونهم إلا أن يغدى المولى ديونهم . وإن أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لأنه حق العبد فهو مسلم ، لكن لا يمت به التعليل حيث قد على أن لا يقبل قوله في الرقية أصلا لأنه لا يمنع أن يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الإذن له وأزوم كل شيء في التجارة فلا يضيّق الأمر على الناس فائتمل . والأظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقية : أي في حق بيع الرقية أن يقال : لأن بيع الرقية ليس من لوازم الإذن في التجارة ؛ ألا ترى أنه إذا أذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرها . اهـ .

(فصل)

لما فرغ من بيان أحكام إذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام إذن الصبي والمعتوه ، وقدم الأول لكثرة وقوعه (قوله وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه)

وقوله (إلا أنه) استثناء من قوله لزمه كل شيء ، ومعناه أنه إذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقية لأن بينهما ليس من لوازم الإذن في التجارة ؛ ألا ترى أنه إذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالصة حق المولى وحينئذ جاز أن يكون مأذونا ولا يباع ، بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا ، يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه ، إلى أن قال : لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فإن حضر فقال هو مأذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله) وعلى الغرماء البيعة ، لأن دعواه الإذن كدعواه الاعتاق والكتابة ، ولا يقبل قوله عند جود المولى إلا بينة .

(فصل)

لما فرغ من أحكام إذن العبد في التجارة بين أحكام إذن الصبي ، إلا أنه قدم الأول لكثرة وقوعه ، وأكونه مجمعا عليه

(فصل وإذا أذن ولي الصبي)

التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعناق ، بخلاف الصوم والصلاة لأنه لا يقيم بالولي ، وكذا الوصية على أصله فصحقت الضرورة إلى تنفيذه منه . أما بالبيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة هاهنا . ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات . والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته ، وقد ثبتت نظرا إلى إذن الولي ،

أقول : كان الظاهر أن يقول في جواب المسئلة : فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة ، ولعم غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرهما أيضا عندنا ، وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات ، إلا أنه أثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني أعم وأظهر في إفادة تمام المراد . وهذا ما في عبارة مختصر القدوري ، ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله إذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر إذا كان يعقل البيع والشراء ، وأصر على ذلك في الهداية أيضا مع ظهور مزية ما في عبارة المختصر ، لأن تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف في باب التجارة مطلقا ، بل لابد من أن يقبل الشراء أيضا بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته ، وقد ثبتت نظرا إلى إذن الولي) هذا جواب عن قول الشافعي ، لأن حجره لصبا فيبقى ببقائه . تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية الصبي في أمور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره ، فإذا أذن له الولي زال ذلك الغير . لأنه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة ، إذ لو لم يكن هاديا فيهما لأذن له

في الجواز ، والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش إذا أذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة إقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد . وقال الشافعي رحمه الله : لا ينفذ تصرفه لأن حجره لصباية نفسه وهو باق بعد الإذن ، وبقاء العلة يستلزم المعلول لاحالة ، بخلاف حجر الرقيق فإنه ليس للرق نفسه بل لحق المولى ، وهو يسقط بإذنه لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ، ولأنه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة ، لأن كونه موزيا عليه صمة العجز وكونه واليا صمة القدرة فصار كالطلاق والعناق ولا يصحان منه ، وإن أذن له الولي بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لأنهما لا يقيمان بالولي فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعني قلت بصحتها كصحتها إذا كانت في أبواب الخير ، وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحققت) فيوجب تنفيذهما (أما بالبيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة . ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه) أما أنه تصرف مشروع فلأن الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي ، وأما أنه صدر من أهله فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والأهلية لهذا التصرف بكونه كذلك . وأما أنه في محله فلكون المبيع مالا متقوما . وأما الولاية الشرعية فلأنه صدر بإذن وليه ، والولي له هذا التصرف فكلما من أذن له ، ألا نرى أن الطلاق والعناق لما لم يملكه الولي لا يملك الإذن به . فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وإن أذن الولي بذلك (قوله والصبا سبب الحجر) جواب عن قوله لأن حجره لصبا . وتقريره أنا لانسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في أمور التجارة ، فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى ، فإذا أذن له الولي زال ذلك الغير . لأنه يعلم أنه

(قوله والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول : الظاهر أن يقال : الذي يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش ، إلا أنه اختصر على الثاني بناء على أنه يستلزم الأول (قوله يعني قلت بصحتها) أقول : التفسير في بصحتها راجع إلى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول : إن لم يكن مشرة من كل وجه فلا ينتقص بالطلاق والعناق .

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقتين واحتمال تبدل الحال، بخلاف الطلاق والعناق لأنه ضار محض فلم يؤهل له . والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن ، والبيع والشراء دائرين النفع والضرر فيجعل أهلا له بعد الإذن لا قبله . لكن قبل الإذن يكون موقوفاً على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً وصحة التصرف في نفسه ، وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي ، بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاة .

الولي فينفذ تصرفه كما لو أذن المولى للعبد كذا في الشروح . أقول : يرد على ظاهر هذا الجواب أن يقال : لو كان الأمر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون إذن الولي إذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل ، غير إذن الولي لحصول العلم إذاً أيضاً بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية ، مع أن المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير إذن الولي أصلاً فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوها فتأمل (قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقتين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب العناية : وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالإذن لم يبق الولي ولياً . وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له ، فإن الصبا من أسباب المرحمة بالحديث : وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقتين : أي مباشرة وليه له ، وبمباشرة نفسه ، فكان مرحلة في حقه فوجب اعتباره ، واحتمال تبدل الحال فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك اه كلامه . أقول : في تقريره شيء . أما أولاً فلأن قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم ، لأن الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرر فإن تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير إذن الولي أيضاً ، وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعناق لا ينفذ بإذن الولي أيضاً ، وإنما الذي يتوقف نفاذه على إذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض ؟ فالوجه أن يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف

لو لم يكن هادياً في أمور التجارة لما أذن له الولي فيصبح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى . وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالإذن لم يبق الولي ولياً . وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له ، فإن الصبا من أسباب المرحمة بالحديث ، وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقتين : أي مباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحلة في حقه فوجب اعتباره ، واحتمال تبدل الحال فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك . وقوله (بخلاف الطلاق والعناق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعناق . وحاصل ذلك أن تصرفات الصبي على ثلاثة أقسام : نافع محض ، وضار محض ، ومتردد بينهما . فالأول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن وبعبء ، والثاني كالطلاق والعناق لا يؤهل له أصلاً . والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الإذن لأن نقصان رأيه ينتجبر برأى الولي لا قبله ، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً فإنه أحد المحتملين ، وصحة التصرف في نفسه لصدوره من أهله في محله . فإن قيل : إذا باع شيئاً بأضعاف قيمته كان نافعا محضاً كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف . وأجيب بأن المعبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقاً (وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه) وليس المراد به الترتيب . لأن وصي الأب مقدم على الجد وتربيته وليه وهو الأب ثم وصي الأب ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه ثم الوالي (بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كأمير بخارى فكان الوالي أكبر منه لأن له ولاية

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول : وعنى أنه جواب عن ثاني دليل الثاني بمنع المنافاة بين كونه ولياً ومولياً عليه مستنداً بأن كونه مولياً عليه لاستيفاء المصلحة بطريقتين المخ لا العجز فليتأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول : لتلخيص أقوله للنظر له (قوله واحتمال تبدل الحال) أقول : معطوف على للنظر له .

والشرط أن يعقل كون البيع ساليا للملك جالبا للربح ، والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه ، لأن الإذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبيا ، فلا يفتقد تصرفه بنوع دون نوع ، ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ،

نظر له . وأما ثانيا فلأن مقتضى تقريره الزبور أن يكون قول المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره ، وليس كذلك فإنه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين ، وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي ، إذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا لنظر للصبي فلا وجه لجملة مقابلا له . ثم اعلم أن قول المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين : أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعي ولأنه مولى عليه الخ . وثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي وليا للتصرف بإذن وليه لكان ينبغي أن لا يبقى وليه وليا في التصرف في ماله ، فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين ، وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى . وكثير من الشراح اختاروا الأول فعليك بالاختيار ثم الاختيار (قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه) أي في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون ، كذا في غاية البيان وغيره . أقول : نقاقل أن يقول : تشبيه الصبي بالعبد المأذون إنما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه إن كان التشبيه على العموم ، أو على الإطلاق . وأما إذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون ، فإفادة المأذون التعميم ممنوعة جدا فليتأمل . وقال صاحب النهاية : فإن قلت : كيف يستقيم تعميم قوله إن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو أن المولى مجبور عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس بمجبور عن التصرف في مال الصبي المأذون وإن كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط . قلت : الجواب عنه من وجهين : أحدهما أن ما ذكرته من الحجر وعلمه فهو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال ، وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضا لاختلاف التصرفين . والثاني هو ما ذكره في المبسوط ، وإنما يملك الأب أو الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا ، لأن دين الحر في ذمته لاتعلق له بماله ، بخلاف دين العبد المأذون فإنه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كأجنبي آخر إذا كان الدين مستغرقا له كاملا . واقفي أثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الإجمال . أقول : الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور ، لأن حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وإن كان عليه دين يحيط بماله ، وذلك لا يفيد استقامة التعليل في قول المصنف إن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى . ومدار السؤال المذكور على التعميم

تقليد القاضي دون صاحب الشرط . وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره . وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك ، لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم ، فإن المولى مجبور عن التصرف في مال العبد المأذون المدين بدين يحيط بماله دون الولي . وأجيب بأن ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي ، وبأن دين الصبي لكونه حرا لا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولي ، ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى أجنبي منه إذا كان الدين مستغرقا

(قوله الخ كذلك) أقول : يعني تقدم ذكره (قوله لكن يرد عليه ، إلى قوله : في مال العبد الخ) أقول : هذا ممنوع ، وقد مر من الشارح نقلا من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول : يعني فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول : يعني يتعلق بكسبه أيضا : أي كما يتعلق بذمته ، لأن ذمته ضعيفة ، بخلاف الصبي الحر . ثم أقول : ولعل خلاف الجواب الثاني متع دلالة الكلام على التعميم ، وإلا فلا تظهر صلاحية الجواب (قوله والمولى أجنبي عنه الخ) أقول : هذا مسلم إذا كان مستغرقا لرويته أيضا ، وأما إذا لم يكن كذلك ففيه كلام ، وفيه الكلام .

ويصح إقراره بما في يده من كسبه ، وكذا بموروثه في ظاهر الرواية ، كما يصح إقرار العبد ، ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه ، وحكمه حكم الصبي ، والله أعلم .

المستفاد من كلام المصنف لاغير . وقال بعض الفضلاء : لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم . أقول : ليس هذا أيضا بسديد . أما أولا فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله إن ما ثبت في العبد من الأحكام ثبت في حقه على العموم ظاهرة لاقتيل المنع . لأن كلمة « ما » من ألفاظ العموم على ما تقرر في علم الأصول وقد تأكد ببيانها بقوله من الأحكام ، فإن الجمع المعرف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق إذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا أيضا في علم الأصول . وأما ثانيا فلأنه لا دلالة في الجواب الثاني أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه ، وإنما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار المولى عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل إليه أصلا (قوله ويصح إقراره بما في يده من كسبه) (أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، والمولى لا يملك الإقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي بإذن المولى ؟) وأجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بأن المولى إنما لا يملك ذلك لأنه لا يتحقق منه ، لأن الإقرار قول من المرء على نفسه ، وما ثبت على الغير بقوله فهو شهادة ، وإقرار المولى على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة . وأما قول الصبي بعد الإذن فهو إقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا يتم التجارة إلا به لأن الناس إذا علموا أن إقراره لا يصح يتحزون عن معاملته ، فإن من يعامله لا يتمكن من أن يشهد عليه شاهدین فلهذا جاز إقراره اه . أقول : هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور ؛ لأن حاصله بيان لية عدم صحة إقرار المولى على الصبي وصحة إقرار الصبي بنفسه على مال نفسه ، وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الإيراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، وهاتان لم تتحقق الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية ؟ وكأن صاحب العناية نبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله . والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والمولى يملك الإذن بالتجارة وتوابعها اه . أقول : هذا الجواب أيضا غير مستقيم لأنه إن أراد أن المولى يملك الإذن بالتجارة وتوابعها فيملك أيضا نفس التجارة وتوابعها التي من جعلها إقراره على مال الصبي فمتنوع ، إذ لا شك أن إقرار المولى على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلا فأنى يملكه المولى . وإن أراد أن المولى يملك الإذن بالتجارة وتوابعها التي من

(ويصح إقراره بعد الإذن بما هو كسبه) عينا كان أودينا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين . وأورد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، والمولى لا يملك الإقرار على مال الصبي فكيف أفاده ذلك بإذنه ؟ والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة ، والمولى يملك الإذن بالتجارة وتوابعها (وكذا بموروثه في ظاهر الرواية) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما أنه لا يجوز إقراره بذلك ، لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته في التجارة إلى ذلك لثلا يتمتع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث ، وجه الظاهر أن الحجر لما انفك عنه بالإذن التحق بالبالغين ، ولهذا نفذ أبو حنيفة بعد الإذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب في صحة الإقرار سواء لكونهما مالية (ولا يملك تزويد عبده) بالاتفاق ، وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (ولا كتابته) وإن كان المولى والوصي يملكانها لأن الإذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبي يصير مأذونا بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم) من الأقارب كالابن للمعتوه والأخ والمعم دون القاضى فإن له ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذكر المولى في الكتاب ينظم الأب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) إذا بلغ معتوها ، فأما إذا بلغ عاقلا ثم عته فأذن له الأب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله : لا يصح قياسا ، وهو قول أبي يوسف ، ويصح استحسانا وهو قول محمد ورحمهما الله ، والله أعلم .

(كتاب الغصب)

الغصب في اللغة : أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه .

جعلنا إقرار الصبي على مال نفسه ، وإن لم يملك نفس الإقرار عليه فسلم ، ولكن لا يندى هذا شيئاً في دفع السؤال المذكور لأن اللازم منه أن يملك الولي الإذن للصبي بالإقرار ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في أن يملك الصبي الإقرار على نفسه بإذن الولي ولاية متعدية من الولي إلى الصبي ، والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الإقرار على الصبي بالإجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الإقرار على الصبي فكيف تعدى منه الولاية إلى الصبي في حق ذلك . ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الإذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الإشكال يصير لغوا من الكلام . ثم أقول : لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية ، إذ قد تقرر فيما مر أن الصبي يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته ، وإذن الولي إنما يكون دليلاً على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلاً عليه لا أنه يكتب الولاية من إذنه ، إلا أن الصبا لما كان من أسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي أصلاً لما هو ضارٌ محض وأهل لما هو نفع محض قبل الإذن وبعده ، وأهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الإذن فقط ، والإقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضرر ، إذ من لا يقبل إقراره يمحّز الناس عن معاملته فيضرب به فأهل الصبي له بعد الإذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي ، فبصرف فإن هذا توجيه حسن وجواب شاف تنحسم به مادة الإشكال بالكلية .

(كتاب الغصب)

إيراد الغصب بعد الإذن في التجارة لوجهين : أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلاً حتى أن إقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ، ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد

(كتاب الغصب)

إيراد الغصب بعد الإذن في التجارة لوجهين : أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلاً حتى إن إقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني ، فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً . والثاني أن المقصود مادام قائماً بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته ، فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف المالك ، فذكر أحد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة ، إلا أنه قدّم الإذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه ، والغصب ليس بمشروع . والغصب في اللغة :

(كتاب الغصب)

(قوله إيراد الغصب . إلى قوله : مآلاً الخ) أقول : ويجوز أن يقال : نفاذ تصرف الغاصب يكون بالإذن كنفاد تصرف المأذون ، إلا أن الغصب بالإذن الإلحاق في المأذون بالإذن السابق فيكون بينهما مناسبة . أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة ، فإن العبد المأذون يتصرف في مال الغير بإذنه ، والغاصب يتصرف فيه لا بإذنه (قوله فكان ذكر النوع الخ) أقول : فيه محّز (قوله إلا أنه قدّم الإذن الخ) أقول : هذا لاجتياج إليه بعدما بين وجه تأخر المأذون من الحجر

وفي الشريعة : أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده .

ذكر الجنس مناسباً . والثاني أن المنصوب مادام قائماً بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ماني يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف المالك ، فذكر أحد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة إلا أنه قدم الإذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع ، كذا في النهاية والعناية . أقول : في الوجه الأول بحث من وجهين : أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة مآلاً إنما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الإذن في التجارة ، لأن الإذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر وإسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون ، والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الإذن لامسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب . والثاني أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضاً فينتقض ذاك الوجه بها طرداً . ويمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية : أما عن الأول فبأن يقال : إن الإذن نفسه وإن لم يكن من جنس التجارة إلا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للإذن نفسه أيضاً بواسطة تعلقه بجنس التجارة . وأما عن الثاني فبأن يدعى عدم لزوم الاطراد في وجهه المناسب بين كتب هذا الفن . ويقال : إن هاتيك الوجوه مصححات لأمروجات البتة فلا ضير في تحققها في غير ما سبقت له أيضاً . ثم إن الأظهر في وجه المناسبة هاهنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال : وجه المناسبة بين الكنايين عندنا أن المأذون يتصرف في الشيء مبالاً للإذن الشرعي والغاصب يتصرف لا بإذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة ، إلا أنه قدم كتاب المأذون لأنه مشروع والغصب ليس بمشروع اهـ . واعلم أن محاسن الغصب من حيث الأحكام لا من حيث الإقدام كما في الجنائيات والديات ، فإن المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المرتب عليه ، لأنه ليس في الغصب شيء من الإباحة فضلاً عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف ، كذا في النهاية وغيرها (قوله وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده) أقول : لا بد من أن يزداد على هذا التعريف قيدان : أحدهما قيد أو يقصر يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده ثلاثاً يخرج على تعريف الغصب في الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك ، كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع فإن الغاصب في هذه الصور وإن لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وإزالة اليد فرع تحققها إلا أنه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضاً . وعن هذا قال في المحيط البرهاني : الغصب شرعاً أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده ، أو يقصر يده إن لم يكن في يده اهـ وهكذا قال في الكافي أيضاً . وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدايع ثلاثاً يخل في تعريف الغصب شريعة السرقة ، فإن الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع إنما يكون بأن كان الغصب

أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوماً أو غيره ، يقال غصب زوجة فلان وخر فلان . وفي الشريعة : أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، فقوله أخذ مال يشمل المخلود وغيره . وقوله متقوم احتراز عن الخمر . وقوله محترم احتراز عن مال الحر في فإنه غير محترم . وقوله على وجه يزيل يده : أي يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لا بد منها في الغصب عندنا . وعند الشافعي رحمه الله هو إثبات يد العدوان عليه . وثمرة الخلاف تظهر في زوائد المنصوب كولد المنصوبة وثمرة البستان فإنها ليست بمضمونة عندنا لعدم إزالة اليد ، وعندنا مضمونة لإثبات اليد ،

(قوله وفي الشريعة أخذ مال ، إلى قوله : في زوائد المنصوب (الخ) أقول : قال الإمام الأزملي : حتى لا يضمن الغاصب زوائد المنصوب إذا هلكت بغير تعد لعدم إزالة يد المالك ولا ما صار مع المنصوب بغير صئمه ، كما إذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه ، وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضلعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اليد المبطللة انتهى . لكن ذكر في فتاوى قاضينان مسألة تخالف هذا الأصل ، فإنه قال : لو غصب عجلاً فسلطه حتى يفسد لبن أمه قال أبو بكر الخليلي : يضمن قيمة العجول ونقصان الأم ولم يقل في الأم شيء .

على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستمرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شرعية في الكتاب . ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تنبه لزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الرقابة : ثم لا بد أن يزداد على هذا التعريف لأعلى سبيل الخفية لتخرج السرقة اه . وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال : فإن قلت : أليس يصدق الحد المذكور على السرقة ؟ قلت : نعم ، إلا أن في السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود ، وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ، ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدّى لإخراجها على الحد المذكور بزيادة قوله لأعلى سبيل الخفية ، ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل من وجوه : الأول أن السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخله في التعريف المذكور ، إذ لا منع لشيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذي فطنة ، وإنما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أولاً على سبيل الخفية ، فإن من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقرّر في كتابها ، ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لأعلى سبيل الخفية ينافي الصدق على ما كان على سبيل الخفية ، فإذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخله في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحاً لأن يكون حداً للغصب في الشرع ، ولا لزم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصباً شرعياً ، وليس كذلك لإحالة القطع يتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع فلغا قوله وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى . والثاني أن قوله كالشراء من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لأن مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعاً ، وإنما الذي يصير غصباً أخذ المشتري من يد الفضولي بغير إذن المالك ، وهو ليس ببيع جزماً وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلاً ، وإنما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل . والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح ، لأن ما كان غير محرز كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية ، فإن عدم الإحراز ينافي الاختفاء ، وعن هذا قال صاحب الهداية في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقة : الحرز لا بد منه لأن الاستمرار لا يتحقق بدونه اه . ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولم بغير إذن المالك : بلا إذن من له الإذن . وقال في شرحه : وإنما لم يقل بلا إذن ماله لأن كون المأخوذ ملكاً ليس بشرط لوجوب الضمان ، فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلاً صرح به في البدائع اه . أقول : وفيه أيضاً خلل ، لأن الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف إلى الله تعالى على وجه تعود منفعة إلى العباد ، وهذا كله مما تقرّر في أول كتاب الوقف فعل كلا القولين يكون الموقوف مملوكاً فكيف يتم قوله أن الموقوف ليس بمملوك أصلاً ، ولئن سلم تمام ذلك فكأن الموقوف مضموناً لا يقتضي كونه مغصوباً غصباً شرعياً ، فإن وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي . بل يتحقق ذلك في غيره أيضاً بنوع من التعدى والجناية ؛ ألا يرى أن زوائد المغصوب كولد المغصوبة ، وثمره البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعاً لعدم تحقق إزالة يد المالك عنها بناء على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب . بل هي أمانة في يد الغاصب إن هلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب ، مع

واستخدام العبد وحل الدابة غصب بالاتفاق ، والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لأن البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزبلاً ليد مع بقاء أثر فعله . ثم إن كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فيحكم المأثم والمغرم . وإن كان

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ، ثم إن كان مع العلم فتحكه المأثم والمغرم ، وإن كان بدونهم فالضمان لأنه حتى العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع . قال (ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ: فعليه ضمان مثله . ولا تفاوت بينهما ، وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى - فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم -

أنه إذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب ، وكذا إذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يد مالكة يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد . وبالحملة فرق بين ضمان الغصب وضمان الإتلاف كما نصوا عليه . فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في إتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فيحتاج إلى تغييره (قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لأنه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه . ومن ضروراته إزالة يد المالك عنه فتحقق الغصب . بخلاف الجلوس على البساط لأن البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده . فلم يوجد إزالة يد المالك فلم يتحقق الغصب ، كذا قالوا . قال ابن العز : وفي كلام المصنف هاهنا موازنة لفظية . وهي في قوله وحمل الدابة : يعني والحمل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة ، لأن حمل لا يتعدى بنفسه إلى اثنين وإنما يتعدى بنفسه إلى واحد وإلى آخر بحرف الجر ، تقول حملت المتاع على الدابة فيصح إضافة المصدر منه إلى المتاع لا إلى الدابة فتقول : حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة ، إلا أن يضعف الفعل فيتعدى إلى اثنين بنفسه فتقول : حملت الدابة المتاع ، فيجئ تصح إضافة مصدره إلى الدابة فتقول تحمل الدابة ، لأن التحميل مصدر حمل المضاعف للتعدية اه كلامه . أقول : هذا الذي ذكره ظاهر ، وكأن صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف هاهنا فقال : حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ، ولكن يمكن توجيه كلام المصنف هاهنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المتنازع قول العلامة الكاكي افتخارا بمواظباته حيث قال : والأصل أن يقال بالمواظبة عليها : أى على العبادة ، إلا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالإيصال اه . وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك ، وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر ، والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم إن كان مع العلم فتحكه المأثم والمغرم ، وإن كان بدونهم فالضمان) أقول : هذا إنما يتم فيها إذا هلك المصوب في يد الغاصب ، وأما إذا كان قائما في يده فتحكه رد العين كما سيأتي في الكتاب ، وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك ، اللهم إلا أن يبين كلامه هنا على ما قيل إن الموجب الأصل للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره ، ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم ، فكيف يليق بمثل المصنف بناء

بدونه فالضمان لأنه حتى العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع . قال (ومن غصب شيئا له مثل الخ) المصوب إما أن يكون قائما في يد الغاصب أولا والأول سيجيء . والثاني إما أن يكون له مثل : أى يكون بما يضمن بمثله من جنسه أولا . فإن كان الأول فعليه مثله . وفي بعض نسخ القدوري : فعليه ضمان مثله ، ولا تفاوت بينهما لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى - فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - والمثل إذا أطلق ينصرف إلى ما هو مثل صورة ومعنى ، ولأن المثل صورة ومعنى أعد لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية ، لأن الخنطة مثلا مثل الخنطة جنسا . ومالية الخنطة الموداة مثل مالية الخنطة المصوبة ، لأن الجودة ساقطة العبارة في الربويات فكان أدفع للضرر ، فإن الغاصب فوت على المصوب منه الصورة والمعنى ، فأجبر التام أن يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى ، فإن انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه

(قوله والثاني إما أن يكون له مثل : أى يكون بما يضمن بمثله) أقول : فيه بحث لإضافته إلى الدور (قوله لأن الجودة ساقطة العبارة في الربويات) أقول : وفي لطائف الإشارات ضمن الجيد بمثله لأبرئ رعية المسائلة .

ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر . قال (فلان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصم) وهذا (عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يوم الغصب . وقال محمد : يوم الانقطاع) لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لاملل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب . ولمحمد أن الواجب المثل في الذمة .

كلامه على ذلك (قوله ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية : لأن الخطة مثلا مثل الخطة جنسا ، ومالية الخطة المؤداة مثل مالية الخطة المنصوبة ، لأن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية اه . أقول : الظاهر أن المقصود من التعرض هاهنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المالية بظهوره ويحقق الاختلاف بين ذوات الأمتثال بالجودة والرداءة ، ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندى . لأنه إن أريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية أنه لا تفاوت بين جديدها ورديتها في المالية فهو ممنوع ، إذ التفاضل في القيمة بينهما في المعارف ظاهر جدا . وإن أريد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « جديدها ورديتها سواء » فهو مسلم لا كلام فيه ، لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المصنف هاهنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في إيجاب المثل غير مسلم لتحقيق الاختلاف بين ذوات الأمتثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضى التفاوت بينهما في المالية ، بل لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن عدم الاعتبار لتفاوت الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال هاهنا ، إذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوى في الوصف أيضا تأمل تقف (قوله لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لاملل له فتعتبر قيمة يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب) قال صاحب النهاية : فإن قلت : لم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه ؟ قلت : يحتمل أن يكون ذلك لوجهين : أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة دليله إذ فيه إثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب ، لأن المصنوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب . والثاني لإثبات الأقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الأقوال ، فإن أول الأوقات من هذه الأقوال الثلاثة يوم الغصب ، ثم يوم الانقطاع ، ثم يوم الخصومة . فإيراد الأقوال على ترتيب هذه الأزمنة لم يأت إلا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله اه . كلامه . وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الإجمال في معراج الدراية أيضا ، وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضا ولكن بطريق النقل بقليل . أقول : كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه . أما الوجه الأول فلأن ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل أبي يوسف ، لأن المصنوب المثل إنما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ، ثم انتقل إلى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد . فمن أين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ، ولو سلم قوة دليله فهي

قيمه يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يوم الغصب . وقال محمد رحمه الله : يوم الانقطاع . لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب (ولمحمد الخ) كلامه فيه واضح . قيل إنما قدم قول أبي يوسف لتثبت الأقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الأقوال ، فإن أول الأوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة ، وإيراد الأقوال على هذه الأزمنة لم يأت إلا بتقديم قول أبي يوسف وإن كان الثاني فعليه قيمته

(قال المصنف : وقال أبو يوسف : يوم الغصب) أقول : وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة : من أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة ، والقيمة تجبر بكثرة الرغبات وقتها ، وفي المصنوع هذا متصلا أو متفرقا ، ويوم الانقطاع لا يضبط له . وأيضا لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب . وأيضا عنه وجود المثل لم ينتقل ، وعند محمد لا قيمة له انتهى . ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال : وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الطنيجي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت وحل هذا انقطاع الدرهم انتهى .

وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع . ولأني حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له . ذلك . وإنما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء . بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك . قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة ،

تقتضي تأخير دليله إذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوى عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم . وإن كان يقدم القوى في الأكثر عند نقل أصل الأقوال ، وهذا مما لا ستره به عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف . وأما الوجه الثاني فلأن إثبات تلك الأقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي أصلا . فتغير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الأمر الوهمي مما لا يناسب بشأنه الرفيع . فالوجه عندي أن المصنف جرى هاهنا أيضا على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالأقوى عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمقدم كما حصل هاهنا أيضا ذلك على ما يشهد به التأمل الصادق . قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : أقول قول أبي يوسف أعدل ، لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة ، والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلها ، وفي المعلوم هذا متعذر أو متعسر . ويوم الانقطاع لا ضبط له . وأيضا لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب . وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له . إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة : ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال : وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي ، وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت ، وعلى هذا انقطاع الدراهم اهـ . وقد سبقه إلى هذا الجواب صاحب الإصلاح والإيضاح . أقول : ويمكن رد هذا الجواب بأن يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعلوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعلوم في الخارج مطلقا ، وكأنه لهذا قال : وفي المعلوم هذا متعذر أو متعسر : يعني أنه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه إن لم يوجد في البيوت أيضا يتعذر التقوم ، وإن وجد فيها يتعسر التقوم لأن معيار تقوم المقيمين هو السوق الذي يباع فيه الأشياء ، وفي غير ذلك لا يتيسر التقوم العادل ، وكذا مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقاءه في السوق الذي يباع فيه ، فعل هذا لا يمكن . الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في حد الانقطاع كما لا يخفى (قوله بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول : فيه إشكال ، لأن هذا لا يتم على ما سيحییء عن قريب من أن الموجب الأصل في الغصب على ما قالوا هو رد العين ، وإنما رد القيمة مخلص خلفا ، إذ المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا إنما هو رد العين لأنه الواجب الأصل مطلقا ، وإنما ينتقل إلى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود أصل السبب وهو الغصب ، ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع عند محض تعتبر قيمة وقت الانقطاع عنده ، وبقضاء القاضي عند أي حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد منهما . وبالحيلة الفرق بين ما لا مثل له وبين ماله مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الأول عند وجود أصل السبب ، وفي الثاني عند الانتقال إلى القيمة غير واضح على ما قالوا : إن الموجب الأصل في الغصب مطلقا هو رد العين ، وإنما رد القيمة مخلص خلفا كما سيحییء : وأما على ما قبل :

يوم غصبه . قال المصنف رحمه الله (معناه) أي معنى قوله لا مثل له (العدديات المتفاوتة) وتحقيقه أن معناه الشيء المأذون لا يضمن بمثله من جنسه ، لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والياب ، وإنما وجب قيمته

(قال المصنف : لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول : فيه بحث ، فإنه مطالب بالعين إذا كانت قائمة على القول الآخر (قوله لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى) أقول : إذ الأجسام متائلة لتجانس الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة (قوله وذلك كالعدديات الخ) أقول : أشار بقوله ذلك إلى الشيء في قوله أن معناه الشيء الذي الخ .

لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فبراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الإمكان . أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت . وفي البرّ المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له . قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه ما دام

أن الموجب الأصل هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء أيضا فلا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد رأسا ، إذ في كل منهما تصريح بأن الموجب الأصل في الغصب غير القيمة ، وإنما ينتقل إليها بأمر عارض ، فالمقام لا يخلو عن الإشكال على كل حال (قوله وما لا مثل له فعليه قيمة يوم غصبه ، معناه العدديات المتفاوتة) يعنى معنى قول القدورى في مختصره مالا مثل له العدديات المتفاوتة . قال صاحب الناية أخذنا من النهاية : وتحقيقه أن معناه الشيء الذى لا يضمن بمثله من جنسه ، لأن الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب اه . أقول : هذا الذى عده تحقيقا بما لا طائل نحته ، بل لا حاصل له لأنه إن أراد بالشيء الذى لا يضمن بمثله من جنسه مالا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليقه بقوله لأن الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، لأن ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه أيضا بالأولية فلا يكون له مثل أصلا . وقد قال في التعليل : إن الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله مالا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمة يوم غصبه ، وإن أراد بذلك ماله مثل من جنسه ، ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليقه ، فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدورى مالا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمة يلزم الاختلال في وضع المسئلة ، إذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمة . أى يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة بلغو من الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة . وبالجملة تفسير مالا مثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب الناية والنهاية ، وكذا تفسير ماله مثل في المسئلة الأولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب الناية بما لا يقبله فطرة سليمة لاستزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الأولى أيضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ، ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاعية . فالحنى عندى أن المراد بما لا مثل في المسئلة الأولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذى ينصرف إليه المثل عند الإطلاق ، وبما لا مثل له في هذه المسئلة مالا مثل له في صورة ومعنى ، وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التى هي المثل القاصر . وقد أفصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل : إن المثل نوعان : كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العلوان حتى صار بمنزلة الأصل ، وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة ، والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اه . فيصير معنى هذه المسئلة : وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة . قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه : وقال مالك : يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا . ولنا ما روى عن شريح : « من كسر عصا فهى له وعليه قيمتها » وهو المراد بالمثل المذكور في النص اه . أقول : يرد عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى - فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده ، وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسئلة الأولى ، وهو الذى أشار إليه في الكافي وغيره بقوله لما تلونا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل) قال في النهاية : وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون ، لأن من الموزونات ما ليس بمثل وهو الموزون الذى في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمم والطشت اه . أقول : لقاتل أن يقول : لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشيء الذى ذكره لا يقتصر عليه فيها مر أيضا حيث قال : ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله

(لتعذر مراعاة الحق في الجنس فبراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الإمكان ، أما العددي المتقارب) كالجوز والبيض (فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قيل : وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لأن من

(٤١ - تكله فتح القدر حنى - ٩)

قائماً لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يجل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ، فإن أخذه فليرده عليه » ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه ، وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ، ورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية . وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ، ويظهر ذلك في بعض الأحكام ،

وليس فليس . وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقبول : وليس بواضح لأن من المكيل ما هو كذلك كالكبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة اه . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل

الموزونات ما ليس بمثل . وهو الذي في تبعضه ضرر المصوغ من القمم والطشت وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالكبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة ، وإن كان الأول فعلى الغاصب رد العين ، ولعمري إن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (لقوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترد ») أى على صاحب اليد عين ما أخذت اليه حتى ترد (وقال صلى الله عليه وسلم « لا يجل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ، فإن أخذه فليرده عليه ») وهو واضح . ورواية الفائق والمصايح بدون حرف المطف وحرف النى . ومناه : أن لا يريد بأخذه سرقة ولكن إدخال الغيط على أخيه . فهو لاعب في مذهب السرة جاد في إدخال الأذى عليه ، أو قاصد للعب وهو يريد أنه يجد في ذلك لينظفه (ولأن اليد حق مقصود) بدليل جواز إذن العبد في التجارة فإنه لا حكر لشرائه في حقه سوى التصرف باليد . لاسيما إذا كان مديوناً فإنه ليس هناك شائبة الثيابة عن المولى في التصرف ، فلم أن اليد حق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه إعادتها بالرد إليه وهو الموجب (أى رد العين هو الموجب) (الأصلي على ما قالوا ، ورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية . وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام) فيها ما إذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فإنه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لأضمان عليه ، ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثانياً لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح . ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لاتصح بالعين . ومنها وجوب الزكاة فإن الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئاً وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المصوب . قيل : والصحيح هو الأول لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة بلحاظ للغاصب أن يتمتع من رد العين إذا قدر على القيمة ، لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل ، وليس كذلك . والجواب عن مسألة الإبراء إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك ، فكان الإبراء صحيحاً من ذلك الوجه ، وقد قررنا ذلك في التقرير والأنوار ، وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة ، والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة ، وعن مسألة الزكاة بما ذكرنا في مسألة الإبراء

(قوله قيل وإنما انتصر ، إلى قوله : والطشت) أقول : إلا أن بينهما فرقا ، لأن البر والشعير غططان من الأصل ، بخلاف القمم والطشت للمولين من أصل واحد كالنحاس ، فإن اختلافهما ليس إلا لاختلاف الصفة (قوله ولعمري إن تقديم هذا الخ) أقول : وإنما قدم المصنف مقامه اهتماماً لكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول : لأنه موجب (قال المصنف : ويظهر ذلك في بعض الأحكام) أقول : منها لو أبرأه من الضمان حال قيام العين يصح ، حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ، ولولا أن الواجب الأصل للقيمة لما صح ذلك . ومنها لو كفل بالمصوب يصح ، ولو لم يكن الضمان واجباً لكان كفاة بالعين وهذا لا يصح . ومنها أنه لا يجب الزكاة على الغاصب في نصاب يد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المصوب حال قيام المصوب ، كذا ذكره في النهاية . والجواب إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك (قوله لأنه قاصر الخ) أقول : يعني لأن رد القيمة قاصر (قوله إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المصوب) أقول : كما إذا انتقص بالدين (قوله قيل والصحيح) أقول : القائل هو الإثنان (قوله لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل وليس كذلك) أقول : رده العلامة الزهلي وقال : كونه لا يصار إليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظاهر مع الجملة ، فإن الظاهر هو الأصل والجملة خلف عنه ، ولا يصار إليه إلا عند السبب عن إقامتها ، إلى هنا عبارته . فكأن أقول : ثبت ذلك على خلاف القياس بالنسبة فيقتصر على مورد (قوله وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول : وأنت غير بأنه يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أوجب به عن مسألة الإبراء

(والواجب الردّ في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن (فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه بيلها) لأن الواجب ردّ العين والهلاك بعارض، فهو يدعى أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله ، كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه . فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة . قال (والغصب فيما ينقل ويحول) لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل (وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمه) وهذا

في قوله أما العددي المتعارف فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المحلول بالشعر القيمة لأنه لا مثل له ، وقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكيل في تحقق المائلة في الكيل كما تقرر في باب الربا من البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لأن الغصب بحقيقته ويتحقق فيه . كذا في معراج الدراية . ثم إن المقصود ببيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا يابن مجرد تحققه في المنقول ، إذ لا خلاف فيه ولا اشتباه . وإنما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الأصلي بالبيان هاهنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور : أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار إليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك : أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره . وأشار إليه صاحب العناية أيضاً حيث قال في تفسير ذلك : أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره ، وأشار إليه صاحب العناية أيضاً حيث قال : الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار ، بل أشار إليه المصنف نفسه حيث قال في تحليل ذلك : لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره . قلت : بئى الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ماذا ؟ فلعلمها هي تعريف المسند إليه بلام الجنس ، فإنه يفيد قصر المسند إليه على المسند كما صرحوا به في علم الأدب ، ومثله بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والإمام من قرش . (قوله لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل) أقول : لقاتل أن يقول : هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى هاهنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبراً ، وبذكر التفصيل الآتي هناك يستغنى عن ذكر الدليل هاهنا . فالأحسن أن يكتفى بما سيأتي في تحليل جواب مسألة غصب العقار المتفرعة على الأصل المذكور هاهنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه هاهنا ، فإن الخلاف المذكور هناك متحقق هاهنا أيضاً لا محالة (قوله وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمه)

ثم الواجب الردّ في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن ، فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها) ومقدار ذلك مفروض إلى رأى الحاكم . وهذا إذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة ، فإن رضى أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه بيلها) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام للمالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لأن الواجب ردّ العين والهلاك بعارض ، فالغاصب يدعى أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر . فإن قيل : ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب إذا عيب المصنوع والتقاضى يقضى عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه ؟ قيل : في المسئلة روايتان ، وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز ، والمذكور في الكتاب جواب الأفضل . قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ما له أصل كالدار والضبعة والنقل والتحويل واحد ، وقيل التحويل هو النقل من مكان والإثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان ، والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر (لأن الغصب بحقيقته) حوالة (يتحقق في المنقول دون غيره ، لأن إزالة اليد بالنقل) ولا نقل في العقار والغصب بدون الإزالة لا يتحقق (فإذا غصب عقاراً فهلك في يده بغير صنعه لم يضمه)

(قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول : يعني لو قضى بلا تلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الأفضل) أقول : يعني الأفضل هو التلوم (قال المصنف : والغصب فيما ينقل ويحول) أقول : والغصب مبتدأ ، وقوله فيما ينقل غيره (قوله لأن الغصب بحقيقته الخ) أقول : تحليل أموره الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار . قال المصنف (وإذا غصب عقاراً)

عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يضمه ، وهو قول أبي يوسف الأول ، وبه قال الشافعي لتحقيق إثبات اليد ، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمقول وجحد الوديعة .

أقول : كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله وإذا غصب عقارا الخ لأن هذه المسئلة مغرعة على ما سبق من الأصل فينبغي أن يظهر علامة التصريح في اللفظ كما وقع في سائر الكتب ، فذكرت كلمة الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه : وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولا ، وهو قول أبي يوسف الآخر ، حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا يتعد موجبا للضمان اهـ . والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فيدلها المصنف بالواو في البداية والهداية . ثم أقول : المراد بالغصب في قوله وإذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي ، فلا يتجه أن يقال : قد تقرّر فيما مرّ أن حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم هاهنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب ، لأن الضمان إنما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي ، والمتحقق هاهنا هو الثاني دون الأول فلا منافاة . قال بعض الفضلاء : إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ . أقول : فيه أن المصير إلى المجاز إنما هو عند تعذر الحقيقة : وهنا الحقيقة اللغوية متميرة فلا يصار إلى المجاز ، اللهم إلا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر إلى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا يثنى كونه حقيقة بالنظر إلى الوضع اللغوي ، ولكن حق الأداء ما قدمناه كما لا يخفى . وقال صاحب غاية البيان : وقد اختلفت عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ، فقال بعضهم : يتحقق فيها الغصب ولكن لأعلى وجه يوجب الضمان ، وإليه مال القدوري في قوله وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنه أثبت الغصب ونفى الضمان . وقال بعضهم : لا يتحقق أصلا ، وإليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه . أقول : فيه نظر ، لأنه إن أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك . إذ لم يقل أحد إن الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها ، كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لأعلى وجه يوجب الضمان ، فإن وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد ، وإنما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه . وإن أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان ، وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا فلا نسلم أن أحدا قال إن الغصب اللغوي لا يتحقق فيها ، لأن الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ، ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار إذ لم يعتبر فيه إزالة يد المالك أصلا فضلا عن إزالة

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يضمه ، وهو قول أبي يوسف الأول والشافعي رحمهما الله لتحقيق إثبات اليد (بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك) ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين (من جنس واحد) على محل واحد في حالة واحدة (وإنما قيل من جنس واحد احترازا عما إذا أجرة داره من رجل فإنها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنها يدان مختلفتان (فيتحقق الوصفان) يعني إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمقول) في تحقق الوصفين (وجود الوديعة في العقار) فإنه إذا كان وديعة في يد شخص فبجده كان ضامنا بالاتفاق ، فالقول بالضمان في هذه الصورة ، وقد ثبت أن جحد الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحد تناقض ظاهر ، وكان التكلف بإثبات إزالة اليد من

أقول : إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة . قال المصنف (لتحقيق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول : هو لتعليل تولي محمد لا لتعليل قول الشافعي فإن عنده يتحقق التمسك بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك كما في شرح السكاكي . وقال الأكل وكأن التكلف بإثبات اليد الباطلة كما تقدم .

ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين . وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها ، وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي . وفي المنقول : النقل فعل فيه وهو الغصب . ومثله الجحود ممنوعة ، ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك . قال (وما نقصه منه بفعله أو سكنائه ضمنه في قولهم جميعا) لأنه إلتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين ويدخل فيها قاله إذا تهدمت الدار بسكنائه وعمله ، فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب

يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الأصل الشرعي عندهما في العقار على ماسترعه فلا يصدر من له أدنى تمييز إنكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل شايئنا هؤلاء الأجلاء (قوله ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المجل : ولأن حنيفة وأبي يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك : أي بسبب ذلك ، وهذا أي هذا المجموع . لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه ، أي بإخراج المالك عنها : أي عن العقار بمعنى الضيقة أو الدار ، وهو أي الإخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى إزالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه اهـ . أقول : في تقريره قصور . أما أولا فلائه جعل الباء في قول المصنف بإزالة يد المالك للشيئية ، وليس بواضح إذ على تقدير تحقق الشيئية بين إثبات يد الغاصب وبين إزالة يد المالك كان السبب هو إثبات يد الغاصب دون إزالة يد المالك لكون الأول وجوديا وأصلا صادرا من الغاصب . والثاني أمرا عديميا متفرعا على الأول . وأيضا لو كان الباء الزبورة للشيئية كان معنى كلام المصنف : ولهما أن الغصب إثبات اليد المسبب عن إزالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع إثبات اليد العادية وإزالة يد المالك بفعل في العين

جانب الشافعي للإلزام لأنه يكتفى في الغصب بإثبات اليد الباطلة كما تقدم (ولأن حنيفة وأبي يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار ، لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه) أي بإخراج المالك (عنها) أي عن العقار بمعنى الضيقة أو الدار (وهو) أي الإخراج (فعل في المالك لا في العقار) فانتفى لإزالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه (فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي) حتى تلفت ، فإن ذلك لا يكون غصبا لما (وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ، ومثله الجحود ممنوعة) ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقار الاضامن وإن جحد . وذكر في المبسوط : والأصح أن يقال جحد الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم بالجحود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكنائه ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكنائه ضمنه في قولهم جميعا . أما على قول محمد والشافعي رحمهما الله فظاهر . وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلائه إلتلاف ، والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه ، لأنه فعل في العين . قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيها قاله) يعني التقدرى (إذا تهدمت الدار بسكنائه وعمله) بأن كان عمله الحدادة أو القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وتهدم كان مضمونا عليه ، وإنما قيد بذلك لأنه إذا تهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكنائه وعمله بل بآفة مساوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع المالك شيئا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، لأن البيع والتسليم

(قال المصنف : ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين) أقول : ليت شرعى بل دلائل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين متى ثبت ، بل مفهوم إزالة اليد تحقيقه بإخراج المالك أظهر ، ونحوه أن يقال : الواجب ضمان المجل ، فإذا لم يكن له فعل في المجل بل في ملكه لا يجب ضمان المجل (قال المصنف : وهذا لا يتصور في العقار) أقول : لخصم أن يقول : إنما لم يضمن فيه بانتفاء إثبات اليد فتأمل (قوله أي بسبب ذلك) أقول : فيه تأمل ، فإن السببية غير ظاهرة ، بل الظاهر أنها للإلتصاق أو المصاحبة .

هو الصحيح قال (وإذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لأنه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل .
قال (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يتصدق بالفضل) وسنذكر الوجه من الجاهلين .
قال (وإذا هلك الثقل في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

كما هو المقصود . فالوجه أن يكون الباء ثمة للمصاحبة فيكون المعنى : ولهما أن الغصب إثبات اليد مع إزالة يد المالك بفعل في العين فيحتفظ بنظم المعنى ويحصل المقصود . وأما ثانيا فلأن التبادر من قوله فاتفق إزالة اليد بدون التقيد أن لا يتحقق إزالة اليد أصلا في غصب العقار عندهما . وليس كذلك إذ قد مر في تعليل قول محمد إن من ضرورة إثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع الدين على محل واحد في حالة واحدة . وفي تعليل قولهما هاهنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة . وليست بواقعة للنفي والمنع لتقررهما وبداهتها فلا جرم كانت مسلية عندهما أيضا فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء إزالة اليد أصلا في غصب العقار . فالأولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف هاهنا أن يقال : ولهما أن الغصب إثبات اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل في العين لأمع إزالة يد المالك مطلقا : أي سواء كانت بفعل في العين أو بفعل في المالك . وما كان من ضرورة إثبات اليد إنما هو زوال يد المالك مطلقا لازوالها بوجه خاص ، وهو أن يكون بفعل في العين . وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من إزالة اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار . لأن يد المالك في العقار لا تزول إلا بإخراج المالك عنها : أي عن العين المخصوصة . وهو أي ذلك الإخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه إزالة يد المالك بفعل في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عند هلاكه في يد الآخذ ، وهذا التقرير ثبت مدعى الإمام الأعظم والإمام الثاني . ونخرج الجواب عما ذكر في دليل إمامنا الثالث والشافعي كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة . واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال : ليت شرعى بأى دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت ، بل مفهوم إزالة اليد تحققه في إخراج المالك أظهر اه . أقول : قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فقرأ على أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المالك ولم يوجد في العقار ، والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب ، فإن أخذ الضمان من الغاصب تقويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعى وجود مثله منه في المخصوص ليكون اعتداء بالمثل ، إلى هنا كلامه فتأمل . ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قولهما وهذا لا يتصور

غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان في الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله . وقيد بقوله ولا بينة له لأن إقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل ، فإذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب . وأما إذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالانفاق . وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون احترازا عن قول بعضهم بأن في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالانفاق . فإن قيل : إذا شهدا بدار لإنسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالانفاق وإتلافهما كإتلاف البائع والبائع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما . أجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع ، فالفرق بين المشتكين أن الإتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما ، حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بيته والعقار يضمن بالإتلاف . وأما في مسئلتنا فإن الإتلاف لم يحصل بالبائع والتسليم . بل بعجز المالك عن إثبات ملكه ببيته : ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلماذا لا يكون البائع ضامنا (وإن نقصت بالزراعة يغرم النقصان . ويعرف النقصان بأن ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها ، وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح . قال (وإذا هلك الثقل في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه ، وذكر اختلاف النسخ وبين

(قوله فإذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب) أقول : فيه بحث (قوله لو أقام البينة) أقول : يعني المالك (قوله على الملك لنفسه) أقول :
يعنى بعد الشهادة والقضاء .

وفي أكثر نسخ المختصر : وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل ، وهذا لأن العين دخلت في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب ، وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وإن نقص في يده ضمن التقصان) لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب ، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ،

في المقار بأن قال : للخصم أن يقول : إنما لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد فتأمل اه . أقول : ليس هذا بشيء ، إذ ليس في الخصم من ينكر تحقق إثبات اليد فيه ، ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصور أن يقول الخصم إنما لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد (قوله وفي أكثر نسخ المختصر : وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول : لقائل أن يقول : إن أراد أن الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم ، ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور هاهنا في أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره ، ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر في قوله وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوي لا محالة ، وإن أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا . ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد هو الأول ، ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور هاهنا في أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لأن المعنى اللغوي في المقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر إلى وضع أهل الشرع على ما عرف في علم الأصول ، بل في علم البيان أيضا ، فلا بد في إرادة المعنى اللغوي بالمقولات الشرعية في مخاطبة أهل الشرع من قرينة واهنا القرينة متفوية فوجب الحمل على المعنى الشرعي ، بخلاف قوله فيما مر وإذا غصب عقارا ، فإن قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوي دون الشرعي تدبر (قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول : فيه شيء ، وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه تم المثل وغير المثل من المقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلاهما ، مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يمتشي في صورة المثل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، إذ قد تقرر فيما مر أن المتبر في هاتيك الصورة عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة ، وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية (قوله وإن نقص في يده ضمن التقصان لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب ، فما تعذر رده عينه يجب رده قيمته) أقول : في هذا التعليل قصور ، إذ قد صرح في عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه تعم ما كان التقصان في بدن المضمون مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة التديين فانكسر لديها ، وما كان في غير بدنه مثل أن كان عبدا عتقا ففتمس الحرفة . ولا يمتشي أن التعليل المذكور لا يمتشي في الصورة الثانية ، لأن التقصان

المراد واستدل بقوله (لأن العين دخلت في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب ، وعند العجز عن رده تجب القيمة) يعني على رأي من يرى أن الموجب الأصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا أو تقرر (أي القيمة (بذلك السبب) يعني على رأي من يرى أن الأصل هو القيمة ورد العين خلف عنه ، فإن هلك العين تقرر القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أي ولكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل في ذلك بين ما يكون الملاك بفعله أو بفعل غيره (وإن نقص) المضمون (في يد الغاصب) ولم ينجر نقصانه بوجه آخر (ضمن التقصان) سواء كان التقصان في بدنه مثل أن كان جارية فاعورت ، أو ناهدة التديين فانكسر لديها ، أو في غير بدنه مثل أن كان عبدا عتقا ففتمس الحرفة (لأنه دخل في ضمانه بجميع أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء (فاعتذر رد عينه) (ما تعذر رد عينه يجب رده قيمته) وأما إذا انجر نقصانه مثل أن ولدت المضمونة عند الغاصب فردها وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا بخلاف لزم رحمه الله ، فإن كان التقصان برأج السع فلا يخلو إما أن يكون الرد في مكان الغصب أولا ، فإن كان فيه فلا ضمان عليه لأن تراجع السع يفتور الرغبات لا بفوات جزء ، وإن لم يكن فيه يجر المالك بين أخذ القيمة والانتظار إلى

بمخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء . وبمخلاف المبيع لأنه ضمان عقد . أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف . قال رضي الله عنه : ومراده غير الربوي ، أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا . قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا .

فيها من حيث الأوصاف دون الأجزاء . فالأولى في التعليل أن يقال : لأنه يدخل جميع أجزائه وأوصافه في ضمانه بالغصب فإنه أوفى بالصورتين معا وأوفق لقوله الآتي : وبمخلاف المبيع لأنه ضمان عقد ، أما الغصب فقبض ، والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير الربوي . أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) يعني أن مراد القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي ، وأما في الربويات : أي في الأموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا ، هذا فحوى كلامه . أقول : لقائل أن يقول : عدم إمكان ذلك مسلم فيها إذا كان نقصان الربويات في الأوصاف كما إذا غصب حنطة تفنت في يده ، إذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الأموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا لاعتاله ، وأما فيها إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كيليا أو وزنا فتلغ بعض أجزائه فنقص قدره كيليا أو وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بلا تأدي إلى الربا أصلا كما لا يخفى ، فإ معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل في الربويات مطلقا فتأمل . وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام : قال المصنف : ومراده أي مراد القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي ، أما في الربويات كما إذا غصب حنطة تفنت عنده أو إناة فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا ، لكن صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره ، وإن شاء تركه وضمنه مثله ، إلى هنا كلامه . أقول : تقرير صاحب العناية هاهنا وإن كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلا عن الإيضاح إلا أنه منظر فيه عندي . أما أولا فلأنه قد صرح في شروح الهداية فيها مر حتى العناية نفسها

الدهاب إلى ذلك المكان فيسرده ، لأن النقصان حصل من قبل الناصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلزم الضرر ويطالبه بالقيمة ، وله أن ينتظر ، فقله (بمخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبمخلاف المبيع) معطوف على قوله بمخلاف ، يعني إذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوت وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الخبز عن المشتري بسبب نقصان الوصف وإن فحش النقصان ، كما لو اشترى جارية بمائة مثلاً فاعورت في يد البائع فصارت تساوي خسين كان المشتري غيرا بين إمضاء البيع وفسخه ، فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد والأوصاف لا تتضمن به (أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض ، وهذا لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف ، والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة ، قال المصنف رحمه الله (ومراده) أي مراد القدوري رحمه الله بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان (غير الربوي . أما في الربويات) كما إذا غصب حنطة تفنت عنده أو إناة فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) لكن صاحبه بالخيار ، إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره ، وإن شاء تركه وضمنه مثله . قال (ومن غصب عبدا فاستغله) أي ومن غصب عبدا فأجراه وقبض الأجرة فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان لما بينا أنه دخل جميع

(قوله لأن النقصان حصل من قبل الناصب بنقله إلى هذا المكان ، فكان له أن يلزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول : القسیر في نقله راجع إلى الناصب ، والقسیر في له راجع إلى المالك المقدم ذكره ، والقسیر في يطالبه راجع إلى الناصب (قال المصنف : قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا) أقول : الظاهر تقدم أيضا على قوله عندهما .

وعنده لا يتصدق بالغة ، وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار . لأن يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه . أما الضمان فظاهر ، وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا . ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير ، وما هذا حاله فسيهله التصديق ، إذ القرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا يتعدى به الخبيث (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغة في أداء الضمان) لأن الخبيث لأجل المالك ، ولهذا لو أدى إليه يباح له تناول فيزول الخبيث بالأداء إليه ، بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه

وفي مائير المعترات أيضا بأن الوزى الذى في تبعضه مضرة كالمصوغ من القمقم والطست ليس بمثل بل هو من ذوات القيم ، ولا شك أن إزاء قضية من ذلك التقييم فكيف يتم تمثيل الربويات هاهنا بإناء قضية انهم في يده . وأما ثانياً فلأنه كيف يصح قوله وإن شاء تركه وضمنه مثله ، وتضمن المثل إنما يتصور في الثلاثيات دون ذوات القيم التي منها إناء قضية على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفاً ، فلمل الحق في حكم غضب إناء قضية إذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك ، وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب ، وعبرة الكرخي هكذا : وإن كان الإناء قضية فهو بالخيار ، إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك ، وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب ، وكذلك إن كان الإناء من ذهب فهو بالخيار ، إن شاء أخذه بعينه ، وإن شاء أخذ قيمته من القضية انتهت . ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل ، غير أن الواقع فيه قلب قضية بدل إناء قضية حيث قال . وفي المبسوط : وإن استهلك قلب قضية فعليها قيمته من الذهب مصوغا عندنا ، وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن للجودة والرداء والصنعة في الأموال الربوية قيمة ، وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بنفسها ، فلو أوجبتنا مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ، ولو أوجبتنا مثل وزنها كان فيه إبطال حتى المغصوب منه عن الجودة والصنعة ، فلمرعاة حق والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا (هـ) قوله لأن يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه . أما الضمان فظاهر ، وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا (أقول : فيه نوع تأمل ، لأن الذى حصل في ضمانه وملكه إنما هو البعض الفائت من المغصوب دون

أجزائه في ضمانه بالغصب ، فما تعلز رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعلز فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ، ويتصدق بالغة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها . وعلى هذا إذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة . لأن يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه . أما الضمان فظاهر لأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب ، وأما الملك فلأنه يملكه من وقت الغصب مستندا إذا ضمن ولهما القول بالموجب : أى سلمنا أنه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير ، وما هو كذلك فسيهله التصديق ، إذ القرع يحصل على وصف الأصل ، أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف ، فإن قيل : التصرف في ملكه مستندا فأنى يكون الخبيث ؟ أجاب بقوله (والملك المستند ناقص) يعنى لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت (فلا يتعدى به الخبيث ، فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغة في أداء الضمان ، لأن الخبيث لأجل المالك ، ولهذا لو سلم الغلة مع العبد إلى المالك يباح له تناول فيزول الخبيث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فإن الغاصب

(قوله لكنه بسبب خبيث) أقول : أى لكنه حصل أو لكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول : سيجى الحديث بتفصيله في الدرس الآتى (قال المصنف : والملك ناقص) أقول : حيث لم يملك العبد كله ، بل ما نفعت الغلة إذا لم يضمن غيره . نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا ضمن قيمة العبد كله . وفي أكثر النسخ : والملك المستند ناقص فلا مجال للبحث على هذا الاحتمال إلا يحمل للام عهدة (قوله أجاب بقوله والملك المستند ناقص) يعنى لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ، ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت (أقول : المضمون وهو مانقصة الغلة وهو فائت غير قائم فتمام ، فإنه إذا غضب جارية ووطئها ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الفانى (قال المصنف : فيزول الخبيث بالأداء إليه) أقول : زوال الخبيث بالنسبة إلى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستماتة

ليس له أن يستعين بالغة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه، وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه . فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال، وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا . قال (ومن غصب ألفا فاشتري بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح : وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المصنوب أو الوديعة وبيع لا يطيب له الربح عندهما ، خلافا لأبي يوسف، وقد مرّت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هنا ظاهر فيما يتعين بالإشارة . أما فيما لا يتعين كالثلثين

مجموع المصنوب . لأن الكلام فيما إذا نقضت الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل ، والظاهر أن الغلة : أي الأجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المصنوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفاضل فقط . فوجه القول بأن لا يتصدق بشيء من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال . وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ، ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال حيث قال : وفي المبسوط : فإذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله إن كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني ، وإن كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك اهـ . أقول : فيه إشكال ، فإنه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغة في أداء الثمن إلى المشتري . ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصديق بمثلها عند إصابته مالا ، أو لا يرى أنه لو صرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصديق بمثلها من بعد أصلا ، ففيا إذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل ، اللهم إلا أن يقال : وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه إن لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال أن يبقى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغة ، لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم بعيد أن يكون مدارا للحكم الشرعي فتدبر . وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه . أقول : هذا هو الظاهر ، ولكن فيه أيضا شيء ، وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه إنما يجوز رأسا إذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغة في أداء الثمن إليه إلا إذا كان لا يجد غيره ، ولا يخفى أنه إذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لرد يد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه ، إذ معناه فبعد أن صرفها إلى حاجة

ليس له أن يستعين بالغة في أداء الثمن إلى المشتري ، لأن الخبث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره) أي غير الغلة بأولى المذكور أو الأجر أو المال (لأنه محتاج إليه ، والمحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه) وهو أولى بذلك لأنها ملكه وإن كان فيه خبث (فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن ، وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) أنه محتاج ، وكذلك إن استهلك الغلة مكان الثمن إن كان محتاجا فلا شيء عليه . وإن كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله . قال (ومن غصب ألفا فاشتري بها جارية) الغاصب إذا تصرف في المصنوب أو المودع في الوديعة وبيع فيه لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، خلافا لأبي يوسف رحمه الله ، وقد مرّت في الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان ، فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا ، وإنما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وإن تداولته الأيدي ، ثم هذا : أي عدم طيب

الغاصب في أداء ما وجب عليه بتلك الغلة كن أي دين زيد بماله الآخر ، فليتأمل فإن جوابه غير غنى .

فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن . أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقد منها يطيب له ، وهكذا قال الكرخي لأن الإشارة إذا كانت لانتفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث . وقال مشايخنا : لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكذلك بعد الضمان بكل حال ، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة . قال (وإن اشترى بالآلف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء ، وهذا قولهم جميعاً لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس .

نفسه لو أصاب مالا الخ ، اللهم إلا أن يقال : يجوز أن يكون غنياً ولا يند غير ذلك بأن كان ابن السبيل فتأمل (قوله فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها) أقول : في عبارة المصنف هاهنا تسامح ، لأن حاصلها يقول إلى أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى نفسه وإلى غيره ، لأن قوله اشترى بها في قوله إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب ، وقوله ونقد منها أمر مغاير له ، ولا معنى للقول بأن في الشيء إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لا يخفى ، فالظاهر أن يقال : فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا أشار إليها ونقد منها إذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور ، وتظهر المقابلة بقوله بعده : وأما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة . ثم إن مأخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة إلى قوله وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير ، ولفظه : إذا أشار إليها ونقد منها بدل قول المصنف إذا اشترى بها ونقد منها ، فإنه قال هناك : وهذا واضح فيما يتعين بالإشارة إليه . فأما في الدرهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب إذا اشترى بها يتصدق بالربح ، وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها إذا أشار إليها ونقد منها . وكان الكرخي يقول في المسئلة إن ذلك على أوجه : إما أن يشير إليها ويتصدق منها ، وإما أن يشير إليها ويتصدق من غيرها ، وإما أن يطلق إطلاقاً ويتصدق منها أو يشير إلى غيرها ويتصدق منها . وفي كل ذلك يطيب إلا أن يشير إليها ويتصدق منها فإن الإشارة إليها لانتفيد التعيين فيستوى وجودها

الربح فيما يتعين بالإشارة كالعروض ظاهر ، وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدرهم والدنانير . فقوله (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها) قال فخر الإسلام : لأن ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها إذا أشار إليها ونقد منها ، أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقد منها يطيب له ، وهذه أربعة أوجه ، ففي واحد منها لا يطيب ، وفي الباقي يطيب . وذكر في الميسوط وجهاً آخر لا يطيب فيه أيضاً ، وهو أنه إذا دفع إلى البائع تلك الدرهم أو لا ثم اشترى منه بتلك الدرهم . وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله ، لأن الإشارة إذا كانت لانتفيد التعيين كان وجودها وعلمها سواء ، فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث . قالوا : والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعاً للحرج عن الناس . وقال فخر الإسلام رحمه الله : قال مشايخنا رحمهم الله : لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكذلك بعد الضمان بكل حال : أي في الوجوه كلها ، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح ، وقال وذلك لأنه إذا نقد منها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدرهم ، فأما أن يصير عنها عوضاً فلا تثبت شبهة الخبث ، وإن أشار إليها ونقد من غيرها فإعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضاً ، وسبيل مثله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصديق (وإن اشترى بألف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء) بل يرد عليه مثل ما غصب (في قولهم جميعاً لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الأصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرف فلم يظهر الربح .

قال المصنف : (لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول : هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعبارة ، لا بقوله بكل حال ولا المجموع كما لا يخفى .

(فصل فيما يتغير بفعل الغاصب)

قال (وإذا تغيرت العين المنصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المنصوب منها عنها وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها . كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها وعدمها إلا أن يتأكد بالنقد منها . قال مشايخنا : بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشتري قبل أن يضمن ، وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال ، وإطلاق الجواب هاهنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار ، إلى هنا لفظ فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير . وقال في الذخيرة : قال مشايخنا : الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للخرج عن الناس ، وعلى هذا تقرر : أى الصلر الشهيد وشمس الأئمة السرخسي .

(فصل فيما يتغير بفعل الغاصب)

قال في العناية : لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله اه . أقول : فيه كلام . أما أولا فلا أن ما يزول به ملك المالك وإن كان عارضا لأصل الغصب إلا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض ، فإن موجب أصل الغصب إنما هو رد العين ، ولا يصار إلى رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر . فلم يكن رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين حكم الغصب إلا بعد حدوث ذلك العارض ، فكان بالتأخير أخرى منه . وأما ثانيا فلا أن ما يزول به ملك المالك عارضا إنما يقتضى استحقاقه للتأخير لافصله عما قبله بأن يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله . وكأن صاحب العناية تداركه حيث قال : لأنه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك ، لكن لا يتم به تمام التحريب إذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله وإذا تغيرت العين المنصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المنصوب منها عنها وملكها الغاصب وضمنها . ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) قال في العناية : قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغير فعله ، مثل أن صار العنب زيبيا بنفسه أو خلا

(فصل)

لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله (وإذا تغيرت العين المنصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المنصوب منها عنها وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغير فعله ، مثل أن صار العنب زيبيا بنفسه أو خلا أو الرطب تما فلا أن المالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه . وقوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالذبح المجرى ملك مالكتها لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية . وقوله وعظم منافعتها يتناول الحنطة إذا غصبتها وطحنها ، فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبئرا وغيرها يزول بالطحن ، والظاهر أنه تأكيد لأن قوله زال اسمها يتناولها فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقا لحنطة ، ومثل ذلك بقوله (كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) وفيه إشارة إلى أن الذبح وحده لا يزيل الملك ،

(فصل فيما يتغير بفعل الغاصب)

(قوله والظاهر أنه تأكيد ، لأن قوله زال اسمها يتناول الخ) أقول : فيه أن الشاة إذا أربت بعد ذبحها وسلخها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجيء من الشارح ؛ فالأول أن يقال : قوله وعظم منافعتها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأربها فتأمل .

أو حنطة فطحنها أو حديدًا فاتخذده سيفًا أو صفرًا فعلمه آنية) وهذا كله عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده لأنه يؤدى إلى الربا ، وعند الشافعي يضمه ، وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته . للشافعي أن العين باقية فيبقى على ملكه

أوالرب تمرا ، فإن المالك فيه بالخيار ، إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه وضمه . وقوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالذبح المجرى ملك مالكةا لأنه لم يزل اسمها . يقال شاة مذبوحة وشاة حية . وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها ، فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبنرا وغيرها تزول بالطحن . والظاهر أنه تأكيد لأن قوله زال اسمها يتناول ، فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقا لحنطة . إلى هنا لفظ العناية . أقول : فيه نظر ، فإن كون قيد وعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا بمجرد التأكيد مع وقوعه في عبارات عامة المعنويات من المطلقات والمختصرات على الأطراد بعيد جدا لا يتقبله الطبع السليمة ، فالحمل عليه من ضيق العطن . والصواب أنه احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأربها ، فإنه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالكةا كما سيأتى في الكتاب . مع أنه زال اسمها بعد التأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحية كما سيأتى الصريح به في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكةا عنها تدبر (قوله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده) قال بعض الفضلاء : الظاهر أن المراد نقصان القيمة . أقول : ظهوره ممنوع ، كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف فيها سيأتى : ولنا أنه أحدث صنعة متقدمة ، لأن قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا ، وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها ، فإذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فأتى بتصويرها هناك نقصان القيمة ، بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما إذا غننت ، وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال : لأن الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذها كما قبل الطحن . ثم قال : والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربا بينهما ، ولا يجرى الربا إلا باعتبار المجانسة . وقال : فلما ثبتت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة ، ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفها بسبب العفونة لأدائه إلى الربا على ما مر فذلك ها هنا . اللهم إلا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لانقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف ، لكن الظاهر في مثله إضافة النقصان إلى الوصف لا إلى القيمة كما لا يخفى (قوله للشافعي أن العين باقية الخ) قال صاحب العناية : قوله

بل الذبيح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة ، والأمثلة كلها تدل على أنه لا بد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعنى زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، غير أنه إذا اختار أخذ البقيق لا يضمه النقصان عنده لأنه يؤدى إلى الربا) إذ الدقيق عين الحنطة من وجه ، لأن عمل الطحن في تفريق الأجزاء لا في إحداث ما لم يكن موجودا وتفريق الأجزاء لا يبدل العين كالتقطع في الثوب ، ألا ترى أن الربا يجرى بينهما ولا يجرى الربا إلا باعتبار المجانسة (وعند الشافعي يضمه) لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز ، وهو رواية عن أبي يوسف (وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه حقه (لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) قوله (وللشافعي) عطف على قوله لأنه يؤدى إلى الربا ، وتقريره أن بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك ، لأن الواجب الأصل في الغصب رد العين عند قيامه ، ولولا بقاءه على ملك المالك لما كان كذلك والعين

(قال المصنف : وقال الشافعي : لا ينقطع حق المالك) أقول : أظهر لا يزول ملك المالك لظهور كونه مقابلا لما روى عن أبي يوسف ثانيا ، فإن فيه لا ينقطع حق المالك أيضا ، نعم يبنى أن يكون المراد بحق المالك ملكه (قال المصنف : غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده) أقول : الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع في دينه) أقول : قوله لكنه ليس في عمله ، والظاهر أن يقال : يباع في دينه (قوله قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدى إلى الربا) أقول : فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند

وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقها في طاحونة فطحنت ، ولا معتبر بفعله ، لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف ، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأزبها . ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صيرحق المالك هالكا من وجه ، ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ، ولا نجعله سببا للملك من حيث أنه محظور ، بل من حيث إنه إحداث الصنعة ،

وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا . أقول : ليس هذا بسديد ، فإن الواو غير موجودة هاهنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلا ، ولو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء . إذ لو كانت للعطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبي وهو قوله وعند الشافعي يضمه . وقوله وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ . ولا يخفى على من له حربة بأساليب الكلام ركافة ذلك جدا وكونه معزل عن شأن صاحب الهداية . ورد عليه بعض الفصلاء بوجه آخر حيث قال : فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف اه . أقول : ليس هذا بشيء لأن معنى قوله للشافعي أن العين باق أن له في إثبات مذهبه كذا ، وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا ، إلا أن له في إثبات مذهب أبي يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف . كيف ولو لزم مانوهم من المحذور هاهنا لزم ذلك في كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا ، إذ لا شك أن المذكور ثانيا أو ثالثا من تلك الأدلة بالواو معطوف على الأول . مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ، ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه . ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فإنه معطوف قطعا على قوله للشافعي أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما علله الشافعي بلا ريب . فالوجه في صحة العطف في أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له في إثبات مذهبه كذا ولنا

باق فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة لأنها تابعة للأصل (كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقها في طاحونة فطحنت) فإن الدقيق يكون للمالك الحنطة كذلك هذا . فإن قيل : تمثيل فاسد لأنه تمحل في صورة الزراع فعل الغاصب دون المستبد به . أجاب بقوله (ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الأصول أن الفعل المحظور لا يصلح سببا للتمتع وهو الملك فصار كما إذا عدم الفعل أصلا) وحينئذ صارت صورة الزراع كالمستبد به بالعمالة (وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وأزبها) أي جعلها عضوا عضوا ، فإن فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا (ولنا أنه أحدث صنعة متقومة) لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها ، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا (وإحداثها صير) جنس (حق المالك هالكا من وجه) ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد (وحقه) أي حق الغاصب (في الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجح على المالك من وجه على ما عرف في الأصول من قولهم : إذا تعارض ضربا الترجيح كان الرجحان في اللات أحق منه في الحال ، لأن الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشيء والطبخ ، لأن الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه (قوله) ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور (جواب عن قوله) ولا معتبر بفعله لأنه محظور . وقرريره أن لهذا الفعل جهتين : جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور ، وجهة إحداث صنعة

أبي يوسف ، هذا خلف ، وليست الواو في نسختنا موجودة وهو الأصوب (قوله وحقه في الصنعة قائم من كل وجه) أقول : قال أكل اللين : أي حق الغاصب انتهى . لكن الظاهر أن يقول : والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه المدلول (قوله كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال) أقول : قوله في الذات : أي في الرجوع . قوله في الحال : أي البقاء ، والتفسير في قوله منه راجع إلى الرجحان (قال المصنف : ولا نجعله سببا للملك) أقول : أي لا نجعل للصفة بتأويل الفعل ، أو على اعتبار المفعول الثاني (قوله) وقرريره أن لهذا الفعل جهتين : جهة تفويت يد المالك عن المحل (أقول : الأظهر أن يقال : جهة كونه تصرفا في ملك غيره على سبيل المدلول ، وإلا تفويت يد المالك حصل بالتخل فيكون تحميلا للحاصل . إلا أن يقال : يتأكد به ذلك للتفويت وكان على شرف السقوط .

بِخِلَافِ الشاةِ لِأَن اسمها باق بعد الذبيح والسلخ ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه . وقوله ولا يجل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحساناً ، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر ، وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله ، رواه الفقيه أبو الليث . ووجه ثبوت الملك المطلق للتصرف ؛ ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز . وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصاية بغير رضا صاحبها « أطعموها الأسارى » أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ،

في إثبات مذهبنا كذا ، ولا محذور فيه أصلاً فاحفظ هذا فإنه ينفعك في مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبيح والسلخ) هذا جواب عن قول الشافعي وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ، وتقديره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم ، واسم الشاة بعد الذبيح باق لأنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية . فإن قيل : الكلام فيها بعد التأريب ، ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك . أجيب بأنه كذلك ، إلا أنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين ، كذا في العناية وغيرها . أقول : الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيها ذكره جواباً عما استشهد به الشافعي من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتأريبها ، فإنه علل المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبيح والسلخ فورد عليه قطعاً أن يقال : الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ، ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله ، فلم يصلح ما ذكره المصنف جواباً عما استشهد به الشافعي . نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرّر في الجواب المذكور ، لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ، ومدار السؤال الزبور على ذلك فلا يتم التقريب

متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لاجهة الأولى . وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة . وتقديره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم ، واسم الشاة بعد الذبيح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية . فإن قيل : الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك . أجيب بأنه كذلك ، إلا أنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها ، إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ ، والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين ، بخلاف الطبخ بعده لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك ، وبفوات الاسم على انقطاع حق الملك شامل لعامة فصول مسائل الغصب ، فإنه إذا غصب دقيقاً فخبزه أو غزلاً فنفسه أو قطناً فنزله أو سمياً ففسده ينقطع حق المالك لتبدل الاسم . وأما إذا غصب ثوباً فصبغه بعصفر لم ينقطع ، وكان بالخيار على ماسيحي أن عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه . وقوله (لا يجل له) ظاهر . وقوله (ووجهه) أى وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعنى أن الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة ، والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (الأثرى أنه لو وهبه أو باعه جاز . وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضى الله عنهم « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاة صلية : أى مشوية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها ، فقال عليه الصلاة والسلام . إنها تخبرني أنها ذبحت بنيرحق ، فقال الأنصاري : كانت شاة أخى ، ولو كانت أغز من هذا لم ينفس على بها وأسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع ، فقال عليه الصلاة والسلام : أطعموها الأسارى » قال محمد زحمة

(قوله باق كما تقدم) أقول : في أول الفصل وفي باب الربا أيضاً (قوله بل يقال لحم مأروب) أقول : الظاهر مأروب أو مؤروب .

ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسبا لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد . وإذا أدى البديل بياح له ، لأن حق المالك صار موفى بالبديل فحسب مبادلة بالتراضي ، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به ، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه ، وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة ففرسها غير أنه عند أبي يوسف بياح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ، بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه . وفي الحنطة يزرعها لا يتصلق بالفضل عنده خلافا لهما ، وأصله ما تقدم .

(قوله وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه) في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه ، وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهما . فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم : يحتمل أن يكون المصنوب منه من كان القاضي وليا له . أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لأنه لا يقضى إلا بطلبه اهـ . واختار تاج الشريعة لاحتمال الأول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه الحاكم بأن كان المصنوب مال اليتيم أو الغائب . وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك : يعني إذا كان مال اليتيم . أقول : يرد على الاحتمال الأول أن قول المصنف في التعليل لأنه لا يقضى إلا بطلبه غير مساعد لذلك . لأن من كان القاضي وليا له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه ، بل قد لا يتصور منه الطلب كما إذا كان اليتيم صغيرا جدا وكما إذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية أصلا . ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا إذا أدى بالقضاء بآني ذلك . إذ حينئذ يلزم التكرار . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي وليا له لكونه نائباً عنه . فكان القضاء هناك أيضا بطلب المصنوب منه حكما . وعن الثاني بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البديل من الغاصب . والمراد بقوله قبيل ذلك ، وكذا إذا أدى بالقضاء أداء البديل بالقضاء فافترقا ولا تكرر . ثم قال صاحب الكفاية : ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضيا على مقدار من الضمان اهـ . أقول : يرد عليه أيضا أن قول المصنف فيما قبل وإذا أدى البديل بياح : يعني عن هذا المعنى . لأن أداء الغاصب البديل يستلزم أخذ المصنوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركا . ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان . والمراد بقوله فيما قبل وإذا أدى البديل أدأؤه برضاه دون مطلق الأداء ولا يلزم استدراك قوله وكذا إذا أدى بالقضاء . وأدأؤه برضاه إنما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا استدراك . بقي الكلام في قول صاحب الكفاية أو تراضيا على مقدار من الضمان فإنه يقتضي الاستدراك ، إذ التراضي قد كان معتبرا في قول المصنف وإذا أدى البديل بياح كما يدل عليه تعليقه هناك بقوله لأن حق المالك صار موفى بالبديل فحصلت مبادلة بالتراضي . ويمكن أن يجاب عنه أيضا بأن المراد ما عاينا التراضي على مقدار من الضمان : أي على بعض منه ، والمراد فيما تقدم التراضي على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية

الله : يعني المحبين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلما . بيان أن الغاصب قد ملكها لأن مال الغير يحفظ عليه عينه إذا أمكن وثمة بعد البيع إذا تعذر عليه حفظ عينه ، ولما أمر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء (قوله ولأن في إباحة الانتفاع) دليل معقول وهو ظاهر . وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله ولذا لو وهبه ، وتقديره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الإباحة كما في الملك الفاسد . وقوله (وإذا أدى البديل) راجع إلى قوله حتى يؤدى بدلها وكلامه واضح . وقوله (أو ضمنه الحاكم) يعني إذا كان مال اليتيم ، وقوله (بخلاف ما تقدم) إشارة إلى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذ سيفاً . وقوله (وأصله ما تقدم) إشارة إلى ما ذكر قبل هذا الفصل

قال (وإن غصب فضة أو ذهباً فضررها دراهم أو دنائير أو آنية لم يزل ملك مالها عنها عند أبي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب ، وقالوا : يملكها الغاصب وعليه مثلها) لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه ؛ ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك . وله أن العين باق من كل وجه ؛ ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين ، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بمنسها . قال (ومن غصب ساجة فبني عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعي : للمالك أخذها ، والوجه من الجاهنين قلعناه .

وإندفع الاستدراك ، لكن لا يمتنع على ذي فطرة سليمة أن حل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جداً ، ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلاً . وقال تاج الشريعة في تفسير قوله أو ضمنه المالك : أي طلب المالك من الغاصب الضمان بحل الانتفاع قبل أداء الضمان اه . واقتنى أثره الشارح العيني . أقول : فيه أيضاً بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يمتنع فتأمل (قوله ومن غصب ساجة فبني عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر في الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة . وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل

من تعليل مسألة : ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه التقصان . قال (وإن غصب فضة أو ذهباً) إذا غصب فضة أو ذهباً فضررها دراهم أو دنائير أو آنية لم يزل ملك مالها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء للغاصب . وقالوا : يملكها الغاصب وعليه مثلها ، لأنه أحدث صنعة معتبرة متقومة صير إحداها حق المالك هالكا من وجه ؛ ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبراً وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك . وفي ذلك دليل على تنافرها معنى واسماً ، لأنه قبل الضرب كان يسمى تبراً وفضة وذهباً وبعده دراهم ودنائير ، ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم . ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ؛ ألا ترى أن الاسم باق والأحكام الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً وجريان الربا ووجوب الزكاة كذلك ، وإذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ . وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لأنه هلك العين بها من وجه . وقوله (وكذا الصنعة) جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة ، ومعناه أنها غير متقومة في جميع الأحوال لأنها لا قيمة لها عند المقابلة بمنسها ، وإنما تقوم عند المقابلة ، بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا ، وذلك لأننا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ، ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المصوب منه عن الجوده والصنعة ، فلمراعاة حق المالك والتمسك بالربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغاً ، وإن وجده صاحبه مكسوراً فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لأنه عاد إليه عين ماله فيقيت الصنعة منفردة عن الأصل ، ولا قيمة لها في الأموال الربوية ، وإذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا تصلح لإبطال حق ثابت من كل وجه (ومن غصب ساجة) بالجم وهو الخشب العظيمة ، لأن الساحة بالخاء ستاق بعد هذا (فبني عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وذكر في الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة . وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالها عنها ، وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت في قوله وجه آخر لنا فيه (وقال الشافعي رحمه الله : للمالك أخذها ، والوجه من الجاهنين قدمناه) يعني في أول هذا الفصل بقوله وإذا

(قال المصنف : ومن غصب ساجة) أقول : هو أول مسألة خالفت فيها إمامنا رحمه الله ، كذا في يواقيت العلوم للإمام الرازي (قوله في قوله وجه آخر لنا فيه) أقول : يعني في الجواب الذي ذكر فيه عن السؤال .

ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضرارا بالغاصب بنقص بنائه الحاصل من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في صفيته . ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر : إنما لا ينقص إذا بنى في حوالى الساجة .

ملك مالكا اه . قال صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة : وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت في قوله وجه آخر لنا فيه اه . أقول : لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجه ذلك بالتأمل في قوله وجه آخر لنا فيه ، لأن حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب إليه الشافعي ضرر من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه ضرر مجبور بالقيمة ، ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى . ولا يخفى على ذى فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس . إذ لاشك أن الضرر المحض أشد وأقل من الضرر المجبور على كل حال ، فلا بد أن يتحمل الثاني لدفع الأول على كل حال عملا باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة ، وإنما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة ، فإنما هو أقل قيمة حينئذ يكون أخف وأيسر تحملا وليس فليس . ثم أقول : لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من الجانبين قدمناه . فإن ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا ، ولا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساجة كان البناء غالبا على الساجة فيصح إذ ذلك أن يقال : إن الغاصب أحدث صنعة متقومة صير أحدائها حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصدير الغالب المغلوب هالكا من وجه ، وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فإما تكون الساجة غالبية على البناء فليشكل هناك أن يقال : إنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه ، إذ تصدير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تأمل تفهم (قوله ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضرارا بالغاصب بنقص بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضى الله تعالى عنه إضرارا بالغاصب لأن فيه إبطال حقه . وفيما قلنا إضرارا بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعروض وهو القيمة ، فكان فوات حقه كلافوات ، وضرر الغاصب ليس بمجبور بشئ يفوت حقه لا إلى خلف ، فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب ، كذا في غاية البيان . أقول : لقائل أن يقول : يشكل هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساحة البناء المهملة فبنى عليها ، فإنه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتى في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضا كما لا يخفى . نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما ، لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في صفيته) قال في العناية : فإن قيل : عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لا لأن المالك

تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ (ووجه آخر لنا فيه) أى في تعليل هذه المسئلة (أن فيما ذهب إليه) الشافعي (إضرارا بالغاصب بنقص بنائه الحاصل من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو أدخل اللوح المغصوب في صفيته) والفقهاء أبو جعفر : إنما لا ينقص إذا بنى في حوالى الساجة لأن فيه تلف الناس لا لأن المالك هالكا من وجه ، وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين (ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر رحمهما الله : إنما لا ينقص إذا بنى في حوالى الساجة لأنه غير متعد في البناء ،

(قوله قلنا ثبت في كل واحدة منها حق المالك وغيره) أقول : أى من اللتين : أعنى التلف وتملك النقص (قوله وجعل حق غيره أولى) أقول : كيف يقاس ذلك ، ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساجة من تحته ، بخلاف اللوح والصفحة والخيط والجارية فإنها لو كانت للمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فلي تأمل .

أما إذا بنى على نفس الساجدة ينقض لأنه متعدّ فيه . وجواب الكتاب يردّ ذلك وهو الأصح . قال (ومن ذبح شاة غيره فالكها بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها ، وكذا الجزور ، وكذا إذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية . وجهه أنه إلتلاف من وجه باعتبار

ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد باختلاف المناط . قلنا : ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره ، وجعل حق غيره أولى لأن لإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين اه . وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قال : كيف يقاس ذلك ، ولو كان البناء والساجدة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساجدة من تحته ، بخلاف اللوح والسفينة والخيط والحارية فإنها لو كانت للمالك واحد لا يباح له نزع الخيط والأوح فليتأمل اه . أقول : ليس ذلك بشيء . إذ لا يوجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الأحوال ، بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وهاهنا كذلك فإن العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال حقه وهو متحقق في المقيس أيضا بلا ريب ، على أنه لو كان البناء والساجدة كلاهما لشخص واحد صار بمنزلة عما نحن فيه ، إذ لا يتحقق الغصب هناك ، ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلانيا وقع مقيسا هاهنا ، ولا تتحقق فيه العلة المتبصرة في المقيس عليه وهي لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال حقه ، فلم يكن له تعلّق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يردّ ذلك) قال صاحب غاية البيان : ولنا في قوله وجواب الكتاب يردّ ذلك : أي جواب مختصر القدوري يردّ ما قاله الكرخي نظر ، لأن القدوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي ، فكيف يردّ مجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته إليه . نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بإقامة الدليل ، أما بمجرد الرواية فلا اه كلامه . أقول : نظره ساقط ، لأنه إن أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصرة أو في المسئلة التي نحن بصدددها إلى الكرخي فهو ممنوع ، كيف . وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي : وكان أبو الحسن الكرخي يقول : المسئلة موضوعة على أنه بنى على حوائى الساجدة لأنه غير متعدّد في البناء على ملكه فلا ينقض . وأما إذا بنى على نفس الساجدة ينقض بناؤه لأنه تعدّى فيه . وكان الهندواني يختار هذا القول . وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حق مالكة ، والغصبة لا يسقط حق مالكةا فيها بالصياغة ، وإنما أسقطه بكونها تابعة للمزادة ، وهذا لا يكون إلا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدّي فدل على أن المسئلة على إطلاقها وأنه لاحق للمالك في الساجدة في الوجهين . وقال : إلى هنا لفظ القدوري . ولا يذهب عليك أن ما نقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقييد بأن بنى على حوائى الساجدة ، ويستدل على إطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى ، فتعين أن رواية القدوري هذه المسئلة بأن قال فبنى عليها لا يستند إلى الكرخي ، بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف ، وإن أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل إلى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم ، لكن لا ينجذ ذلك هاهنا شيئا فإن الكلام في مسئلة الساجدة وهو في روايتها يخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فالكها بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها ، وكذا الجزور) وهو ما أعدّ للذبح من الإبل ، من الجزر وهو

وأما إذا بنى على الساجدة ينقض لأنه متعدّد فيه) قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعنى قوله فبنى عليها (يردّ ذلك وهو الأصح) قيل : لأنه تغير عما كان عليه ، لأن الساجدة قبل البناء عليها تصلح للإحراق تحت القدور ولأبواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشيء من ذلك إلا بالنقض ، والتغيير يوجب انقطاع حق المالك . قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره

(قوله وجواب الكتاب ، إلى قوله قيل لأنه تغير الخ) أقول : قيل يردّ عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساجدة بما لها ، غاية أن البناء عليه مانع عن ذلك كالبناء على الساحة فإنها تصلح للزراعة بما لها والبناء مانع كما نص عليه فليتأمل .

فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ،

القطع يقع على الذكر والأنثى وهى تؤث ، كذا قالوا : وإنما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمن النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال : النقصان بالذبح في الشاة إنما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هى التى أعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ما هنا فينبغى أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لانقصانها ، كما إذا غصب ثوبا فصيبه أمر - حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبيغ إذا اختار أخذ الثوب لكون صبيغ الحمرة زيادة دفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار ، لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الأسان وتبقيها إلى زمان ليحصل مقاصده منها ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة أخرى حيث قال : وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصان حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل . وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك اه كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء قوله وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل حيث قال : لا مجال لهذا التوهم أصلا لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر . وقال : فالأولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله إن ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا اه . أقول : إن قوله لا مجال لهذا التوهم أصلا تحكم . وقوله لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر غير مسلم ، فإنه إذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبيغ فيها

يغير أمره فالكفا بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهما أعد للذبح من الجزر وهو القطع ، وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصان حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل ، وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك ، وكذلك إذا قطع يدهما : أى بد الشاة والجزور هذا هو ظاهر الرواية ، بخلاف ما روى الحسن عن أن حنيفة رضى الله عنهما أن لا يضمنه شيئا : يعنى في ذبح الشاة لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة على مامر . ووجه الظاهر ما ذكره أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل ، وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سبق . ولكنه لا يعم الجزور بظاهره ، ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الأغراض إذا لم يجعل البين منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه . قيل : ليس لتضيده بغير مأكول اللحم فائدة ، فإن حكم مأكوله أيضا كذلك ، لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها ، فدل على أنها في الحكم سواء . ومن الشارحين من قال : هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيما : يعنى في مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر . وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه لو كان كذلك لكني أن يقول : وكذلك إذا كان غير مأكول اللحم . والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير

(قوله وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول : لا مجال لهذا التوهم أصلا ، لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر ، فالأولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ، ويقول بدله : إن ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا (قوله قيل ليس لتضيده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول : القتال هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول : إن كان المراد ببعض الشارحين العلامة الإيتاني فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهي النظر ، وإن شئت فراجعه .

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه ، بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرض المقتطوع ، لأن الأدنى يبقى متضمنا به بعد قطع الطرف . قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب للمالك) لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمه (وإن خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فللمالك أن يضمه جميع قيمته) لأنه استهلاك من هذا الوجه فكانه أحرقه . قال رضى الله عنه : معناه يترك الثوب عليه : وإن شاء أخذ الثوب وضمه النقصان لأنه تعيب من وجه من حيث أن العين باقية ، وكذا بعض المنافع قائم ، ثم إشارة الكتاب إلى

إذا أخذ ثوب غيره فصبه أحر ، بل ضمنه للمالك إذا اختار أخذ الثوب كما سيأتي ، فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا لما زاده اللبب فيها إذا ذبح جزور غيره ، بل استحق أجر المثل بناء على أنه حقق مقصود المالك ، وهذا القدر من القياس إن لم يكن منوطا للاجتهاد فلا أقل من أن يكون منشأ للتوهم . فلا بد من دفع ذلك التوهم ، فأشار المصنف إلى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح هاهنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية : قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة ، فإن حكم مأكوله أيضا كذلك ، لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها ، فدل على أنهما في الحكم سواء . ومن الشارحين من قال : هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما : يعنى في مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر ، وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه لو كان كذلك لكان أن يقول : وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم . والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في الأول : إنه إلتلاف من وجه ، وفي الثاني : لوجود الاستهلاك من كل وجه ، إلى هنا لفظ العناية اه . أقول : القائل بعدم فائدة التقييد بغير مأكول اللحم إنما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية ، وأما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان إذ لم يقل أحد من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية ، إلا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضا ، فإن عين عبارته هكذا : هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على مذهب إليه صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بلا خيار ، وقد مر من قبل هذا اه . ولا يخفى على ذى مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية ، لأن مدار ورودهما على حل مراد المصنف على تسوية مأكول اللحم وغير مأكوله في الحكم ، وعبارة صاحب الغاية تنادى على حل مراده على الفرق بينهما حيث قال : هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على مذهب إليه صاحب الهداية تبصر . ثم قال صاحب العناية : والظاهر من كلام المصنف نفي خيار المالك بين

مأكوله حيث قال في الأول : إنه إلتلاف من وجه ، وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه ، والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين إمساك البطة وتضمين نقصانها ، ويكون ذلك اختيارا منه ، وإن كان نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمغنى فقال : وفي المتقى هشام عن محمد رحمه الله : رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان (قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك) متعلق بقوله للمالك أن يضمه جميع القيمة . وحاصل الفرق بين الأدنى وغيره أن الأدنى يقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه ، بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك . قال (ومن خرق ثوب غيره) اختلف الناس في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاش : فقال بعضهم : ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاش ، وما أوجب دونه فهو يسير . وقال بعضهم : ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاش ، وما أوجب دونه فهو يسير . وأشار في القدرى إلى أن الفاش ما يبطل به عامة المنافع . قيل : معناه أن

أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه نقصان ، لأن محمدا جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع . قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قبل له

تضمن قيمتها وبين إمساك البتة وتضمن نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وإن كان نقل الكتب على خلافه ، فإنه ذكر في اللخيرة والمفتي فقال : وفي المتن : هشام عن محمد : رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان أم كلامه . أقول : لما منع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة ، لأن ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الإمساك وأخذ النقصان فيما إذا قطع طرفا من غير مأكول اللحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى ، ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع الطرف قيمة ، بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لأنه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما إذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة . بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير مالكا من وجه دون وجه ، وكان صاحب الكفاية نبيه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف : ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها : أي الواجب هنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه . أما إذا كان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان ، ونقل ما في

لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما . قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغالب ، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه (واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان) يعني من حيث المالية بسبب فوات الجوده ، وإنما كان ذلك صحيحا دون غيره (لأن محمدا رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا) فقال : وإذا غصب ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه وضمه ما نقصه القطع ، وإن شاء ترك الثوب عليه وضمه قيمة الثوب ، ولا شك أن الثالث به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وإن كان لا يصلح للبقاء وأمثاله . والساقي من القيمة أقل من الربع ، ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا . وإذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمه ، وإن خرقه خرقا كبيرا فللمالك أن يضمه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لأنه استهلك من هذا الوجه . فإنه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص وبمده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه ، فإن شاء أخذ الثوب وضمه النقصان لأنه تعيب من وجه من حيث أن العين باقية . وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك وضمه جميع القيمة : أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمه نقصان القطع ، ووضع المشتة بلفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرسي . قال (ومن غصب أرضا) كلامه واضح لا يحتاج إلى شرح ، لكن كان القاضي الإمام أبو علي التستري يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال : إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها . وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها . قالوا : هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في أولوة سقطت من يد إنسان فابتلعها دجاجة إنسان ، ينظر إلى قيمة الدجاجة والأولوة ، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يغير صاحب الأولوة إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وإن شاء ترك الأولوة وضمن صاحب الدجاجة قيمة الأولوة ، وكذا إذا دخل قرن الشاة في قنر الباقلائي وتعدر إخراجها ، ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه) أقول : أي يؤمر صاحب الأكثر قيمة بأمر تخيير ، والتضمير في قوله إلى صاحبه زاجع إلى الآخر .

أقلع البناء والغرس وردّها) لقوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق ، ولأن ملك صاحب الأرض باق ، فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ، ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها ، كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه (فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمّن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له) لأن فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما . وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه ، إذ لا قرار له فيه فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء ، لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما . قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فثنه بسمن فصاحبه بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب ، وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصيغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب : لصاحبه أن يمسه ويأمر الغاصب بقلع الصيغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة

المتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله (قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم : ليس لعرق ظالم حق) صححه في المغرب بتوئين عرق حيث قال : أي لدى عرق ظالم ، وهو الذي يغرس في الأرض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا ، وقد روى بالإضافة ليس لعرق غاصب ثبت بل يؤمر بقلعه ، كذا في العناية وغيرها . أقول : فيما ذكر في المغرب شيء ، وهو أنه قدر المضاف أولا حيث قال : أي لدى عرق ظالم ، وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا ، وبينهما تنافر لأنه إذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا لعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم : من ملك دار حرم محرّم منه عتق عليه ، أن قوله محرم صفة ذا وجره للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا يكون للمصير إلى التجوز وجه ، ومن هذا ذكر الزعشمري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز ، اللهم إلا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أي لدى عرق ظالم مجرد تصوير المعنى ، لا أن هناك مضافا محلوفا مقدرا . وقال بعض الفضلاء : ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لأنه معرفة اه . أقول : هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب ، فإن ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون إلا مضافا ، ويكون نكرة إن أضيف إلى نكرة ، ومعرفة إن أضيف إلى معرفة . ومن هذا قال الجوهرى في صاحبه : وأما ذوالذي بمعنى صاحب فلا يكون إلا مضافا ، فإن وصفت به نكرة أضفته إلى نكرة ، وإن وصفت به معرفة أضفته إلى الألف واللام ، ولا يجوز أن تضيفه إلى مضمّر ولا إلى زيد وما أشبه اه . ولا ريب أن المضاف إليه الذي فيما نحن فيه هو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة ، فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لأنه معرفة ، وكان وهم ذهب إلى ذى التي هي مؤنث. ذا من أسماء الإشارة التي هي من أنواع المعارف ، ونعم ما قالوا : لكل جواد كوة ، ولكل صائم نوبة) قوله ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها (الخ) أقول : لنحوهم أن يتوهم أن قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها يناقض وضع المسئلة في الغصب بأن قال : ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى . فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه الغفوى ، وبالغصب المتى تحققه في الأرض في أثناء

بعد ذلك في تلف أيهما شاء ، وله أمثال غير ما ذكرنا . وقوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق ، صححه في المغرب بتوئين عرق : أي لدى عرق ظالم ، وهو الذي يغرس في الأرض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا ، وقد روى بالإضافة أي ليس لعرق غاصب ثبت بل يؤمر بقلعه . وقوله (فتقوم الأرض (الخ) يعتبر قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمّن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا البناء (قوله ومن غصب ثوبا (الخ) ظاهر ، وقوله (اعتبارا بفصل الساحة) يعني

(قوله وقوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق ، صححه في المغرب ، إلى قوله : بل يؤمر بقلعه) أقول : ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لأنه معرفة .

يُرى فيها لأن التمييز ممكن ، بخلاف السمن في السوق لأن التمييز متعذر . ولنا ما بيننا أن فيه رعاية الجانيين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل ، بخلاف الساحة بنى فيها لأن النقض له بعد النقض ؛ أما الصبغ فيتلاشى ، وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح لأنه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ . قال أبو عصمة في أصل المسئلة : وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لأن له أن لا يملك الصبغ بالقيمة . وعند امتناعه تعين رعاية الجانيين في البيع ويتأتى ، هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه ، وقد ظهر بما ذكرنا لوجه في السوق ، غير أن السوق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته . وقال في الأصل : يضمن قيمة السوق ، لأن السوق يتفاوت بالقليل فلم يبق مثليا . وقيل المراد منه المثل سواه به لقيامه مقامه ، والصفرة كالحمرة . ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة ، وعندهما زيادة . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان . وقيل إن كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان ، وإن كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع . ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ إلى عشرين ، فمن محمد أنه ينظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة . فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخسة دراهم ، لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ .

التعليل هو معناه الشرعى على أصل أئمتنا فلا منافاة . وقال صاحب غاية البيان : قد مر في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشايختنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف . فقال بعضهم : يتحقق فيها الغصب ، ولكن لأعلى وجه يوجب الضمان ، وإليه مال القدورى في قوله وإذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، فعمل هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضا . وقال بعضهم : لا يتحقق فيجانب عنه بأن يقال : لما تصور بصورة الغصب سواه غصبا كما في قوله تعالى - إلا إليس - لأنه تصور بصورة الملائكة كلامه . أقول : قد مر منا أيضا هناك أنه لم يقل أحد من مشايختنا إن الغصب الشرعى يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار ، ولو قال ذلك

كما أن في فصل الساحة يؤمر بالقتل إذا لم تتضرر الأرض به ، فكذلك هاهنا لأن في كل منهما شغل ملك الغير بملكه . وقوله (لأن التمييز ممكن) يعنى بالعصر . وقوله (ولنا ما بيننا) يعنى في مسئلة الساحة بالجزم بقوله ووجه آخر لنا . وقوله (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ : يعنى إن شاء سلم الثوب إلى مالكه وضمنه قيمة صبغه ، وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض . وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التناق بينهما ، وتخيير المالك أولى لأن الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له ، والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة (المروزي رحمه الله) في أصل المسئلة) يعنى في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه آخر . واحتراز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذى ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباع وإن كانت مسئلة الانصباع كذلك ، لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسئلة فقيده بذلك تصحيحا للقول (وقد ظهر بما ذكرنا) في مسئلة الصبغ والانصباع (الوجه) يعنى جواب المسئلة وتعليلها (في السوق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السوق من ذوات الأمثال فيضمن مثله ، والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته . وقال في الأصل : يضمن قيمة السوق لأن السوق يتفاوت بالقليل فلم يبق مثليا . وقيل المراد منه) أى من القيمة (المثل سواه) أى سعى المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أى لقيام المثل مقام المصنوع ، وذكر الضمير في منه وبه بتأويل ما يقرم (قوله فمن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ) مناه إن نظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخسة دراهم ، لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة : فالخسة بالخسة قصاص ، ويرجع عليه بما بقى من القصاص وهو خمسة ، وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله .

(قوله قال أبو عصمة المروزي) أقول : هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ إبراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمه الله .

(فصل)

ومن غصب عينا فغصبها فضمته المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا . وقال الشافعي : لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر . ولنا أنه ملك البدل بكأله ، والمبدل قابل للتقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه ، بخلاف المدبر لأنه غير قابل للتقل لحق المدبر ،

لما صح منه أن يقول لأعلى وجه يوجب الضمان ، فإن وجوب الضمان عند هلاك المصنوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد ، وإنما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار . وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قرناه آنفا ، فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول بتحقيق الغصب الشرعي في العقار ، على أنه لو بنى عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك ، والغصب لا يتحقق فيها إذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل الملل . وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقيق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب سبب غصبا فله وجه ، ولكن فيها ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى .

(فصل)

لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمأن ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين ، كذا في النهاية ، وذكره صاحب العناية أيضا بعبارة أقصر . أقول : فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمأن كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال : فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله : وإذا تغيرت العين المضمونة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المضمون منه عنها وملكها الغاصب ، ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغصبها فضمته المالك قيمتها ملكها فإنه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمأن صريحا (قوله وقال الشافعي : لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر . ولنا أنه ملك البدل بكأله ، والمبدل قابل للتقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف : وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن

(فصل)

لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمأن شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب . قال (ومن غصب عينا فغصبها) فالملك بالخيار ، إن شاء صبر إلى أن توجد ، وإن شاء ضمه قيمتها ، فإن اختار تضمين القيمة فضمها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله . قال (الغصب عدوان محض ، وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فإنه لا يملكه بالاتفاق (ولنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكأله) يعنى يدا وريقة ، وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل ، لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للتقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك ، وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله ، فإنه قال في الأضرار : قال علماؤنا رحمهم الله : الغصب يفيد الملك في المضمون عند التقبض

(فصل)

(قوله لما فرغ من كيفية) أقول : الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول : أي بعمل الغاصب (قوله فإنه لا يملكه بالاتفاق) أقول : لكن التعليل يختلف ، فمتد الشافعي لأن الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك ، وعندنا لأن المدبر لا يقبل للتقل كما يحسب (قال المصنف : والمبدل قابل للتقل) أقول : قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً)

نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن. قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأن المالك يدعى الزيادة وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لأنه أثبتته بالحجة الملزمة.

تعليل الشافعي بذلك مناسباً له. وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإن عدم مناسبتة لايمننا، غايته أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب اه. أقول: كيف لايمننا عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسئلة، وتزييف دليل خصمنا بما يهمننا لامحالة، فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ليتزييف به دليله. فإن قيل: قد استغنى المصنف عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكأله الخ كما أشار إليه ذلك البعض بقوله غايته أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب. قلنا: ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ لا يصلح جواباً آخر عما قاله الشافعي، ولا يندفع به إشكال أن يكون ما هو عدوان محض سبباً للملك كما ذكره الشافعي في تعليله. فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سبباً للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم، فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الأمر الجلي القاطع عند إمكان التثبت به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى، فصح ما ذهب إليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف هاهنا يشير إلى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو زيد في الأمرار حيث قال: قال علماؤنا: الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو الرضى عليه (قوله إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فإن عجز المالك عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد

بالضمان أو الرضى. قال خمس الأئمة رحمه الله في المبسوط: وهذا وهم، فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا سلم له الولد، ولو كان الغصب هو السبب لكان إذا تم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشبهة. فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه، فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه، ولا يصلح أن يجعل العنوان المحض سبباً له، فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به، ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع. وقيل فيه نظر لأنه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجب مطلقاً بل بطريق الاستناد، والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المتصلة. وقوله (نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء) جواب عما يقال: لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل، فإن مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير. وتقريره القول بالموجب: يعني نعم هو كذلك، لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه، فحينئذ كان البيع مصادفاً للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق، وأما ما نحن فيه فلم يفسخ التدبير والكلام فيه. قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) إذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لأنه أثبتته بالحجة الملزمة) فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بيئته، بل يحلف على دعواه لأن بيئته تنفي الزيادة، والبينة على النفي لا تقبل. وقال بعض مشايخنا رحمه الله: ينبغي أن تقبل لإسقاط العين كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة فإن القول قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت. وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول: هذه المسئلة عدت مشكلة. ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح، لأن المودع ليس عليه إلا اليمين، وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الحصومة. وأما الغاصب فعليه هاهنا اليمين والقيمة، وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى الوديعة. وكأن المصنف رحمه الله اختار قول من

أقول: فيه بحث، فإن عدم مناسبتة لايمننا، غايته أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول: القتال هو الإقتاف (قوله بل بطريق الاستناد، والثابت به ثابت من وجه دون وجه، فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المتصلة) أقول: وكذلك في البيع الموقوف يملكه مستنداً كما روي في البيع مع أنه يملك الزوائد المتصلة (قوله فلا يكون في معنى المودع) أقول: ينظر فإن الغاصب مدع صورة

قال (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو بيئته أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) لأنه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار . قال (فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين وردّ العوض) لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة وأخذته دونها لعدم الحجة ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكنكك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله أنه لا خيار له ، لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يبدعه والخيار لقوات الرضا . قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه . وإن اعتقه ثم ضمن القيمة لم يميز عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ، ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد ، والناقص يكتفى لنقود البيع دون

بقية المصنوب لم تقبل بيئته ، بل يخلف على دعواه لأن بيئته تنفي الزيادة ، والبيئته على النفي لا تقبل . وقال بعض مشايخنا : ينبغي أن تقبل إسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة فإن القول قوله ، ولو أقام البيئته على ذلك قبلت ، وكان القاضي أبو على النسفي يقول : هذه المسئلة عدت مشكلة . ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة ، وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين ، وإقامة البيئته أسقطها وارفع الخصومة . وأما الغاصب فعليه هاهنا اليمين والقيمة . وإقامة البيئته لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع ، كذا في العناية وغيرها . أقول : فيما ذكروا من وجه الفرق نظر ، فإنه إنما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا اليمين

قال : ذكر أوصاف المصنوب في دعوى النصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الأصح . قال محمد رحمه الله في الأصل : إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بيئته يحبس المدعى عليه حتى يحميها بها ويردها على صاحبها . قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة ، لأنه قال : : أقام بيئته أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفها وقيمتها ، وإنما كان ذلك أصح لأجل الضرورة ، فإن الغاصب يتمتع عن إحضار المصنوب عادة ، وحين يغصب إنما يتأتى من الشهود معاينة فعل النصب دون العلم بأوصاف المصنوب ، فسقط اعتبار علمهم بالأوصاف لأجل التعذر ، ويثبت بشهادتهم فعل النصب في محل هو مال متقوم ، فصار ثبوت ذلك بالبيئته كثبوته بإقراره فيحبس حتى يحميها به ، وعلى هذا لا يحتاج إلى تأويل أبي بكر الأعمش ، وهو ما قال : تأويلها أن للشهود شهودا على إقرار الغاصب بذلك ، فأما الشهادة على فعل النصب فلا تقبل مع جهالة المصنوب ، لأن المقصود إثبات الملك للمدعي في المصنوب والقضاء بالمجهول غير ممكن (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فإذا أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا ، فإن كان الأول كذا لو ضمنها بقول المالك أو بيئته أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب ، لأنه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار . وإن كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين وردّ العوض ، لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة ، فإن قيل : أخذته القيمة وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الأولى . أجاب بقوله (وأخذته دونها) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا . لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي علم الحجة فلا يدل على رضاه ، بخلاف المسئلة المتقدمة لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير) يعني ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه (فكنكك الجواب) أي فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين وردّ العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله : لا خيار له في استردادها لأنه توفر عليه بدل ملكه بكمالها (وهو) أي ظاهر الرواية (الأصح) لأنه لم يتم رضاه بوزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يبدعه من القيمة ، وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار . قال (ومن غصب عبدا فباعه الخ) ومن هذه الجهة قبلت بيئته المودع وبيئته يدعى الثمن الناقص إذا اغتلفا في ثمن السلمة كما مر في الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الأصح)

العتق كلك المكاتب . قال (وولد المغصوبة ونماؤها ، وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه ، إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالها فيمنعها إياه) وقال الشافعي : زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب ، وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ، كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه . ولنا أن الغصب لإثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب .

وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لإسقاط الممين ، لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ، ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب ، لأن الواجب عليه فيها إذا عجز المالك عن إقامة البينة على الأكثر إنما هو على الأقل الذي كان معتقاً به ، وليس مقصوده من إقامة البينة عليه إلا مجرد إسقاط الممين على الزيادة عن نفسه ، وإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب لإثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملاً لأن اليد كانت ثابتة عليه ، وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحلت في يد الغاصب وولدت ، والرواية في الأسرار . وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال ، بل يعدّ عيباً في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح . أقول : في الجواب بحث ، لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالاً لما صح إعتاقه وتدبيره ، إذ الظاهر أن محل الإعتاق والتدبير لا يكون إلا مالاً مملوكاً ، وقد تقرر في محله أنه يصح إعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا . ولئن سلم أن محل الإعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكفي أن يكون ملكاً ، وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضاً . فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب ، لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيها إذا غصب الجارية حاملاً هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا ، لا أن يد المالك ما كانت ثابتة عليه ، وقد قال في الكتاب : ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ، ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول ما إذا غصب الجارية حاملاً مع أنه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة أيضاً كما ذكر في الأسرار ، فلم يندفع ورود

ومن غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ، وإن اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستنداً أو ضرورة إجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد على ما ذكر ، والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الإعتاق بالنص كلك المكاتب فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه ، وقيد بإعتاق الغاصب ثم بتضمينه احتراز عن إعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين : في رواية يصح إعتاقه ، وهو الأصح قياساً على الوقت . وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة ونماؤها) كالسمن والجمال (وثمره البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن إلا بالتعدى أو بالوجود عند طلب المالك) والأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من ثماته في شيء حتى تضمن بالتعدى لما أنها عوض عن منافع المغصوب ، ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها (وقال الشافعي رحمه الله : زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حد الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة . فكان كالظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب لإثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا) في أول كتاب الغصب ، وإثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب . واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملاً ، لأن اليد كانت ثابتة عليه ، وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحلت في يد الغاصب وولدت ، والرواية في الأسرار . وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعدّ عيباً في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير ،

أقول : فيه تأمل (قوله دون الإعتاق بالنص) أقول : قال النبي عليه الصلاة والسلام « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم »

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ، إذ الظاهر عدم المنع ، حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمه ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب : وذلك بأن أئلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه . وفي الظنية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع ، وإنما يضمه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع . على هذا أكثر مشايخنا . ولو أطلق الجواب فهو ضمان جنائية :

الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع) أقول : هذا إنما يتم فيها إذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب . وأما فيما إذا غصبها حاملا فلا ، لأن الولد في هذه الصورة كان جزءا من أمه حين الغصب فكان إزالة يد المالك عن أمه مستلزما لإزالتها عنه أيضا ضرورة استلزام إزالة اليد عن الكل إزالتها عن أجزائه ، فلا يتصور إذ ذاك أن يقال : ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ، ولا يصح التعليل بأن يقال : إذ الظاهر عدم المنع ، لأن منع الكل بإزالة يد المالك عنه منع جزئه أيضا ، وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما إذا غصبها حاملا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا ، فكان التعليل المذكور قاصرا عن إفادة تمام المسئلة . قال صاحب العناية : وعروض بأن الأم مضمونة البتة ، والأوصاف القارة في الأهميات تسرى إلى الأولاد كالحرية والرق والملك في الشراء . وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فإن وصف به المال كان مجازا اه كلامه . وقد سبقه إلى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبا النهاية ومراجع الدراية . أقول : في الجواب نظر ، لأن الضمان مصدر للفعل المتعدي ، يقال : ضمنت ضمانا ، ولعل هذا المصدر تعلق بالفاعل ، وبهذا الاعتبار يصير وصفا له

سلمنا ذلك ، لكن لا إزالة ثمة ظاهرا ، إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب ، حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب ، وذلك بأن أئلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه ، وإنما ذكر التسليم لأن التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فإن نفويت يده يحصل به لأنه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم . وعروض بأن الأم مضمونة البتة ، والأوصاف القارة في الأهميات تسرى إلى الأولاد كالحرية والرق والملك في الشراء . وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب ، فإن وصف به المال كان مجازا . فإن قيل : قد وجد الضمان في مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها ، وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب ، والمقتضى إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يدا ، والمغرور إذا منع الولد يضمه به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ، ويضمن الأموال بالإتلاف تسيبا كحضر البئر في غير الملك ، وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها . فالجواب أن ما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة ، وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا (قوله وفي الظنية المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كما في الظنية المخرجة من الحرم . ووجه ذلك أن القياس غير صحيح ، لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهو ظاهر الفساد لأنه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع ، وإن قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لأن الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الأم مضمونة ، وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (وإذا أطلق) يعني لو قيل بوجود الضمان في ولد الظنية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده (فهو ضمان جنائية) أى إتلاف لأن صيد الحرم وزواله كان

(قوله سلمنا ذلك ، لكن لا إزالة ثمة ظاهرا) أقول : فيه بحث ، فإن الإزالة عن الكل لإزالة عن الجزء (قوله فإن نفويت يده يحصل به) أقول : فإن قيل : ما كانت يده ثابتة حتى يفوت . قلنا : فرق بين النفوت والإزالة ، فالأول لا يقتضي البتة (قوله وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم ، بل هو لزوم حق الخ) أقول : فيه تأمل (قوله والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد) أقول : فإن وله المغرور حر القيمة (قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول : فيه تأمل ، إذ حيث لا يستل بانتهاء الغصب على انتهاء الضمان كما في مسئلتنا ، مع أن المسئلتين الأوليين دللتا على أن مجرد إثبات اليد كاف في الضمان .

ولهذا يتكرر بتكررها ، ويجب بالإعانة والإشارة ، فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات البدعي . مستحق الأمن أولى وأحرى . قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب ، فإن كان في قيمة الولد وفاء به انجبر

وتعلق بالفعل به ، وبهذا الاعتبار يصير وصفا له أيضا . وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل ألقاظ العام وحققه حيث قال : إن الفعل المتعدي يحتاج إلى المفعول به في التحمل والوجود جميعا ، وإلى المفعول فيه في الوجود فقط . وقال : وله تعلق بالفاعل ، وبهذا الاعتبار هو وصف له ، وتعلق بالمفعول به ، وبهذا الاعتبار هو وصف له . وقال : ولا امتناع في قيام الإضافات بالمضافين . ورد به قول صاحب الكشف إن الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين ، فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون . فقول هؤلاء الشراح فإن وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا . وقال صاحب العناية : فإن قيل : قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها ، وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب . وكالمقتطع إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل بدا ، والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل بدا في حق الولد ، ويضمن الأموال بالإتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها . فالجواب أنما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة . وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه شخص من الغلة مما يكون تعديا . إلى هنا كلامه . أقول : هذا الجواب ليس بنام لأنه إنما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها . وأما إذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب متقضى بالصورة المزبورة لأن حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المقتضوب فلم يجب الضمان فيها ، ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا ينبغي على الفطن . فالأولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعرّاج الدرّاية ، فإن شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المجل : أى يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجنابة ، فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر ، كذا وجدت بخط شيخى ، ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجنابة التي هي الإخراج من الحرم ، وهذا أولى لأنه أوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك إيصال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إيصال

أمتنا في الحرم صيدا ، وذلك في بعده عن أيدينا ، فالوقوف في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا (ولهذا يتكرر) الجزاء (يتكرر هذه الجنابة) فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ، وينجز أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجنابة التي هي الإخراج من الحرم (قوله ويجب) يعنى الضمان (بالإعانة والإشارة بالنص فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات البدعي مستحق الأمن أولى) قال (وما نقصت الجارية بالولادة النج) ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب ، فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة بالذى ثبت فيها بسبب الولادة . لأن الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها ، وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمومة عليه كما لو فات كلها ، فإن ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جارية لذلك نقصان لم يضمن الغاصب شيئا . وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لا ينجرر نقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا للملكه ، كما في ولد الطليعة المخرجة من الحرم إذا نقصت قيمتها وقيمة

(قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول : الأولى أن يقول بتكرر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده (قوله معناه يتكرر وجوب الإرسال) أقول : وعلى هذا يلزم فك الضمان (قوله فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة للنج ثبت فيها بسبب الولادة) أقول : قوله الذى صفة

النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي : لا ينجر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا للملكه كما في ولد الظبية ، وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء ، وصار كما إذا جزّ صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم . ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد ، وهو الولادة أو العلوق على ما عرف .

المغصوب إلى يد المغصوب منه . وفي الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرّر وجوب الرد إلى المالك بتكرّر الغصب فكذا هنا ، إلى هنا لفظ النهاية . واقتنى أثره أكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين هاهنا ، ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الأول ، ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل : ولهذا يتكرر الجزاء بتكرّر هذه الجنائية فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ، ويجوز أن يكون معناه يتكرّر وجوب الإرسال بتكرّر هذه الجنائية التي هي الإخراج من الحرم اه كلامه . أقول : لا جواز عندى للمعنى الثاني هاهنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الأول كما زعم صاحب النهاية : فإن قول المصنف يتكرّر بتكررها متفرع على قوله فهو ضمان جنائية كما ترى ، ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله يتكرّر بتكررها على المعنى الثاني . لأن تكرّر وجوب الإرسال بتكرّر الإخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جنائية لا ضمان غصب فإن تكرّر وجوب الإرسال بتكرّر الإخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جنائية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى ، بل رواية الميسوط في المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال : جعل هناك لإصالح صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إصالح المغصوب إلى يد المغصوب منه ، وفي الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ، ولكن يتكرّر وجوب الرد إلى المالك بتكرّر الغصب فكذا هنا اه تدبر تفق (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرفت) ذهبت جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والتهذيب ومراجع الدرر إلى أن قول المصنف على ما عرفت إشارة إلى ما يعمى في مسألة من غصب جارية فزنى بها ، وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان إلى أنه إشارة إلى ما ذكر في طريقة الخلاف . واختار صاحب العناية الثاني ، وذكر الأول أيضا بطريق النقل حيث قال : يعنى في طريقة الخلاف ، وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يعمى اه . أقول : لا مجال عندى للحمل على الأول أصلا ، لأن المراد بالسبب هاهنا سبب الزيادة والنقصان ، وبما يعمى في مسألة من غصب جارية فزنى بها

ولدها تساوى ذلك النقصان فإنه لا ينجر بها ، بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها إلى الحرم ، وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبقيمة الولد وفاء ، وكما إذا جزّ صوف شاة غيره فثبت مكانه آخر ، أو قطع قوائم شجر الغير فثبتت قوائم أخرى مكانها ، أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاص ، أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فإنه لا ينجر الصوف بالصوف ، والقوائم بالقوائم ، ولا ما نقص من الجزء بالخصاص والتعليم بما زاد من القيمة فيه . ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد ، وهو الولادة عندهما والعلوق عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرفت ذلك يعنى في طريقة الخلاف . وقيل في مسألة من غصب جارية وزنى بها على ما يعمى ، وعند ذلك لا يعد النقصان نقصاناً لأن السبب الواحداً أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان ، كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أدخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن ماله المبيع لتمام البيع إلى حد السبب حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقصى القاضي به ثم رجعا لم يضمننا شيئا ، وهذا لأن القوات إلى خلف

النقصان ، وضرب فيها راجع إلى المبادية ، وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول : قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينجر .

وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا ، وصار كما إذا غصب جارية سميّة فهزلت ثم سمئت أو سقطت ثنيها ثم نبتت أو قطعت يد المصوب في يده وأخذ أرشها وأدّاه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ، وولد الظلية ممنوع ، وكذا إذا ماتت الأم . وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب موت الأم . إذ الولادة لانقضى إليه غالبا ، وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الردّ لأنه لا بد من رد أصله للبراءة ، فكذا لا بد من رد خلفه . والنقصاء لا يعدّ زيادة لأنه غرض بعض القسقة ، ولا اتحاد في السبب فيها وراء ذلك من المسائل . لأن سبب النقصان القطع

سبب الموت ، ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لا يصلح أن يكون سببا للآخر أيضا البتة . حتى يصح حوالة معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا يرى إلى قول المصنف فيما سيأتى وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب موت الأم إذ لانقضى إليه غالبا اه . فإن ذلك صريح في أن الولادة لانكون سببا لموت الأم . ويعلم منه دلالة أن العلوق أيضا لا يكون سببا له لأن إفضاءه إلى الموت أبعد من إفضاء الولادة إليه كما لا يتخى . مع أنه حكمها بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلوق . ثم إن المعروف في الحوالة على ما يسمّى أن يقال على ما يسمّى أو على ما سيرفع بصيغة المضارع ، وأما أن يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط ، فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا) لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان . كالتابع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن ماله المبيع لاتحاد السبب ، حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته قضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا ، وهذا لأن القوات إلى خلف كلا قوات ، وكذا في الشروح . واعترض بأنه لم يخرج جواب الخصم عن أصل دليله . وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابرا لنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله . وأجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يعدّ نقصانا ، فإنه إذا لم يعدّ نقصانا لم يحتج إلى جابر . فإطلاق الجابر عليه توسع ، هذا زبدة ما في النهاية والعناية . أقول : الجواب منطوقه ، فإن النقصان أمر محقق لا مجال للإنكار وقوعه ، إذ وضع مسئلتنا فيما إذا نقصت الجارية بالولادة ، ولا يرى وجه لأن لا يعدّ ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد ، كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف وعند ذلك لا يعدّ نقصانا كما مر . ويدل عليه قوله في أصل المسئلة فإن كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ، ولو كان إطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لأن يعدّ نقصان المصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع ، وأن لا يعدّ نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكما بحتا . وحاشا لأمتنا من ذلك فليتأمل (قوله وصار كما إذا غصب جارية سميّة فهزلت ثم سمئت أو سقطت ثنيها ثم نبتت) أقول : لقائل أن يقول : لاتحاد

كلا قوات ، وصار كما إذا غصب جارية سميّة ثم هزلت ثم سمئت أو سقطت ثنيها ثم نبتت أو سقطت يد المصوب في يده وأخذ أرشها وأدّاه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه إلى خلف (قوله وولد الظلية ممنوع) جواب عن قولهما . وتقديره أن نسلم أن نقصان الظلية بالولادة لا يجبر بقيمة الولد ، وكذا أن نسلم أن الأم إذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة أم الولد إذا كان فيها وفاء ، وهذا المنع على غير ظاهر الرواية . وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحدا وهما ليس كذلك ، فإن الولادة سبب للزيادة وليست بسبب موت الأم إذ لانقضى إليه غالبا . وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى ، وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم لأن الولادة لاتوجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الأم وردّ القيمة كرد العين ، ولوردّ عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا إذا رد قيمتها (وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما إذا هلك الولد قبل الرد . ووجهه أن

(قال المصنف : أو سقطت ثنيها ثم نبتت) أقول : قال الزيلعي : أو قلها الغاصب فنبت مكانها أخرى فردّها سقط ضمانها عنه اد . وفيه

والجزء ، وسبب الزيادة النمو ، وسبب نقصان التحليم ، والزيادة سببها القهم : قال (ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها بضمين قيمتها يوم علقت ، ولا ضمان عليه في الحررة ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يضمن في الأمة أيضا) لهما أن الرد قد صح ، والملاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة

في السبب في هاتين الصورتين ، إذ لاشك أن سبب النقصان وهو الخزال في الصورة الأولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يغير سبب الزيادة وهي السن في الأولى ونبت الثنية في الثانية . وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جزء صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في القيس عليه فكيف تثبت هاهنا بالقياس على تنكك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضا . ثم أقول في الجواب : إن الفرق باتحاد السبب وعدم اتحادهما إنما يؤثر في قبح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم ، إذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحادهما ، إذ يمكن عند اتحادهما أن لا يعد النقصان نقصانا كما ذكره ، بخلاف عدم اتحادهما ، إذ لا وجه عنده أصلا لثلا يعد النقصان نقصانا ، ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعانا ، لأنه إذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هناك نقصانا فلأن يسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هنا نقصانا أولى كما لا يخفى فتدبر ، فإنه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق إلى كشفه ويانه . وقال بعض الفضلاء : والفرق أن الثنية لاقية لها بخلاف القوائم والصوف اه . أقول : ليس هذا بشيء لأن الثنية وإن لم يكن لها قيمة إلا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب ، والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه (قوله والملاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة)

كلانا فيما إذا رد الأم بنقصان الولادة هل ينجر النقصان برد الولد ، وإذا كان الولد هالكا كيف ينجر النقصان به ، والخصماء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع ، وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل الزناح . فإن قيل : المذكور جواب المستشهد بها ، وأصل نكته الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابرا لنقصان وقع في ملكه فهو على حاله . أجب بأن المصنف رحمه الله أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصانا ، وإذا لم يكن نقصانا لم ينجح إلى جابر ، فإطلاق الجابر عليه توسع في العبارة . فإن قيل : لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لثلا يجتمع البدلان في ملك واحد . أجب بأنه ملك المولى لا محالة ، ومن حيث الملك ليس يبدل بل هو بدل من حيث الذات ، فإذا ارتفع النقصان بطلت الخلفية وبقي ملك المولى . فإن قيل : الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفا عن المضمون ؟ فالجواب ما أشار إليه المصنف رحمه الله من عدم عدّه نقصانا لاتضمينه ، وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني أيضا ، فلهذا در المصنف ما ألقفه ذهنا ، جزاه الله عن المحصلين خيرا . قال (ومن غصب جارية فزنى بها) قال في الجامع الصغير : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزنى بها ثم يردّها فتحبل فتتموت في نفاسها ، قال : هو ضامن لقيمتها يوم علقت ، وليس عليه في الحررة ضمان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا ضمان عليه في الأمة أيضا إذا ماتت في نفاسها بعد ما يردّها ، وتابعه المصنف في قوله ثم يردّها فتحنل بتقديم الرد على الحمل ، ووقع في عامة النسخ بتقديم الحمل على الرد لبيان أن الحمل كان موجودا وقت الرد ، قال : الرد قد صح لأنه أوصل الحق إلى المستحق ، وصحته توجب البراءة عن الضمان . فإن قيل : لا تسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده . أجب بقوله (والملاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب والملاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب

أن السبب ليس بمتحد ، والفرق أن الثنية لاقية لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصانا الخ) أقول : ويجوز أن يجاب بالبح فإنه يجوز بيع المأذون من مولا وعكسه كما سبق ، وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري ماله بماله ، وقد مر تفصيله في باب الرابحة والقولية فراجع (قوله لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول : فيه بحث (قوله بضمان الغاصب) أقول : أي على ملحق زفر والشافعي (قوله بل هو بدل من حيث الذات) قول : فيه بحث .

فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت، أو زنت في يده ثم ردها فجعلت فهلكت منه، وكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالخن . وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد، وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك، أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة . كذا هذا ، بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب ليقبض ضمان الغصب بعد فساد الرد . وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم ، وما ذكرنا شرط صحة الرد . والزنا سبب لجلد مؤلم لا جراح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب . قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان

أقول: يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة هاهنا سببا للهلاك، وقد صرح فيها مرتباًها ليست بسبب للموت حيث قال: وتخريج

(كما إذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يد الغاصب فردها فجعلت فهلكت منه ، وكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع) ولم يعلم المشتري بالجلد (فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالخن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحمل . ولأن حنيفة رحمه الله أن الرد لم يكن صحيحاً ، لأن الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجد هاهنا ، فإنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك (فصار كما إذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ فإنه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا . بخلاف الحرة) إذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها (لأنها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبق ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلت (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق، وهو أن في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم : أى تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه ، وموتها بالنفاس لا يعلم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذه عليه (شرط لصحة الرد) ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد بشرط وهو تمثيل فاسد . قيل : وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الخن ، فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد ، فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده . وأما الغصب فالأوصاف داخلة فيه ، ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وودها كذلك فإنه يضمن النقصان . وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد بدونها رداً فاسداً . وأما إذا حمت في يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت ، ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو مركبة منهما فلا يضاف إلى سبب قائم في يد الغاصب بالثلث (قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أو زنت في يده الخ . وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المؤلم لا الجراح ولا المتلف، ولما جعلت في يد المالك لجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن . قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة ، لكن إن نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان . وقال الشافعي رحمه الله : مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال، وربما سمى الأول غصباً والثاني إتلافاً في شمول الدم عندنا وشمول الوجود عنده .

(قال المصنف وردت وفيها ذلك) أئول: لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق آتفاً من وجه الرواية الظاهرة من الإمام أن الولادة ليست بسبب لموت الأم فتأمل في دفعها (قال المصنف: وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول : قال الزبلي : وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى . وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلًا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى . وفيه تأمل (قوله أى تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول: يشترط فيه أيضاً تسليمه بوصف السلامة (قوله إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء) أقول : فيه بحث ، فإنه يرجع عليه بنقصان الشيء (قوله من الحمى والضعف) أقول : أى ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول : فيه بحث .

وقال الشافعي : يضمها ، فيجب أجر المثل ، ولا فرق في المنهين بين ما إذا عطلها أو سكنها . وقال مالك : إن سكنها يجب أجر المثل ، وإن عطلها لاشيء عليه . له أن المنافع أموال مقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب . ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحلوها في إمكانه إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته . والإنسان لا يضمن ملكه ، كيف وأنه لا يتحقق

الثانية أن الولادة ليست بسبب موت الأم ، إذ لا تنقضي إليه غالبا فكان بين الكلايين تدافع فليتأمل في التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحلوها في إمكانه ، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والإنسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول : مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الأجرة على المستأجر فيها إذا حدثت المنافع في يده كما في استئجار الدور والأراضي والدواب ونحوها ، لأن الإنسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الأجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الأجرة في ذلك بالإجماع ، ولم أر أحدا حام حول جواب هذا الإشكال مع ظهور وروده إلا صاحب غاية البيان فإنه قال : والجواب عن مسئلة الإيجار قلنا : لا تجب الأجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكن من جهة المالك لأنه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع إلا بتمكنه كان ذلك طريقا للوصول إلى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة إلى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الأجرة باعتبار الحاجة .هـ . أقول : هذا الجواب وإن كان يصلح أن يكون مخلصا هاتما إلا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكرنا في كتاب الإيجارات ، كقولهم الإجارة تعليق المنافع بعوض ، وقولهم والقياس بأي جوازها ، لأن العقود عليه المنفعة وهي معدومة . وقولهم وتنقذ الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوي والمالك في المنفعة التي هي العقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حلولها فكذا في بدلها وهو الأجرة ، وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجار بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ، إلى غير ذلك من الأقوال الدالة على كون الأجرة بمقابلة المنافع ، ولعل تأويل كلها متعسر بل متعذر تأمل تقف . ثم أقول : الأولى في الجواب عندى أن يقال : اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الأجرة على المستأجر فيها إذا حدثت المنافع في يده إنما هو على موجب القياس ، وقد تقرّر في أول كتاب الإيجارات أن القياس بأي جوازها ، إلا أنها جوّزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس إليها ، وأن جوازها عندنا باعتبار إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام

وفصل مالك رحمه الله قال : إن سكنها فكما قال الشافعي وإن عطلها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله الشافعي رحمه الله أن المنافع أموال مقومة (لكونها غير الآدى خلق لمصلحة الآدى ويمر في الشئ والضة) ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع (فكذا بالغصب) لأن العقد لا يجعل غير المتقوم مقوما كما لو ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لأنها حدثت في إمكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أراض لا تبقى) وما حدث في إمكان الرجل فهو في ملكه دفعا لحاجته ، فإن المالك لم يثبت للعبد إلا دفعا لحاجته إلى إقامة التكليف ، فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والإنسان لا يضمن ملك نفسه . ولئن سلمنا حلولها على ملك المالك لكن لا يتحقق غضبها وإللافها وكيف يتحقق ذلك وإنه لا يبقا لها ، ولئن سلمنا تحقق غضبها وإللافها لكن شرط الضمان المائلة والمنافع لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان . واعترض بما إذا أتلّف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمه بالدرهم التي تبقّى ، فدل على أن المائلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة ، وبما إذا استأجر الوصى للقيم ما يحتاج إليه بدهام القيم فإنه جائز للاحالة ، ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان إلى مال القيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن . وأجيب عن الأول بأن المائلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقي ، فكان السؤال غير وارد ، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز

(قوله لأنها أراض لا تبقى) أقول : وإن بقيت لا تضمن أيضا لأنها ترد مع أسهلها (قوله وما حدث في إمكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول : للكبرى محتاجة إلى البيان (قوله وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول : ويضمه أن الأجسام تماثلة لتركيبها من الجواهر المتجانسة ، ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز الخ) .

غصبها وإتلافها لأنه لا بقاء لها ، ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان ،

المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول ، فيجوز في الإجارة أن ييب الأجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بجلوسها في يده إذا وقع التراضي عليه باعتبار إقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص ، بخلاف الغصب فإنه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان) أقول : لقائل أن يقول : هذا الدليل إنما يدل على أن منافع الغصب لا تضمن بالأعيان لعدم المماثلة بينهما ، ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التقريب . ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالإجماع ، فكانه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره ، يرشد إلى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال : ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها ، لأنها لو صارت مضمونة على الغاصب فلما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد ، أو بالأعيان وهو باطل أيضا لأنها لا تماثل الأعيان ، لأن المنافع أعراض لا تبقى وعتين والعين تبقى أوقاتا . وبين ما يبيى وما لا يبيى تفاوت عظيم . وضمان العداون مبني على المماثلة بالنص والإجماع . ويرشد إليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال : ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو إما أن تكون مضمونة بأمتالها من المنافع ، أو بغيرها من الأعيان كالدرهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالأمتال وهي المنافع لأنه لا قائل بذلك ، ولا يجوز أن تكون مضمونة بالأعيان لعدم المماثلة ، والمماثلة شرط في ضمان العداون بقوله تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - اه . قال صاحب الناية : واعترض بما إذا أتلقت ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدرهم التي تبقى . فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة . وبما إذا استأجر الوصي للقيم ما يحتاج إليه بدرهم القيمة فإنه جائز لا معالة . ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان إلى مال القيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن . وأجيب عن الوجه الأول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى . فكان السؤال غير وارد ، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهريين لا بين جوهر وعرض . ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز وإن كان أحدهما يبيى دون الآخر ، وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدرهم القيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا ، فدل على أن القربان بالأحسن في مال القيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات اه كلامه . أقول : فيما ذكره في كل من الجوابين شيء . أما في الأول فلأن تنويره بقوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز وإن كان أحدهما يبيى دون الآخر ليس بصحيح ، لأن جواز نوع من التفاوت بين البديلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العداون ، لأن للعقد والرضا تأثيرا في تجويز كثير من التفاوت ، وعن هذا قالوا : يجوز بيع عبد قيمته ألف بألوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العداون قطعا ، ألا يرى أن التفاوت بين جوهر وعرض يجوز أيضا بالعقد كما إذا استأجر منفعة دار مثلا بدرهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العداون لا تنصوّر بين جوهر وعرض كما صرحا به . وأما في الثاني فلأن جواز شراء الثياب بدرهم القيم للوصي لا يدل على جواز استئجار الوصي للقيم ما يحتاج إليه بدرامه ، لأن التفاوت في الأول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش ، والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ، ولا شك أن جواز تصرف الوصي في مال القيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ، ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العداون دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر ، فلم يجوز أن يكون الأمر في تصرف وإن كان أحدهما يبيى دون الآخر ، وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدرام القيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالأحسن في مال القيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات

أقول : فيه بحث ، فإنه يجوز بيع المنافع بالدرهم أيضا فلا يصلح ما ذكره لتنوير (قوله هو ما لا يعد عيبا في التصرفات) أقول : ولا يقتضي المماثلة ، بخلاف ضمان العداون فإنه يبيى على المماثلة بالنص .

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ، ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها ، بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد ، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين .

الوصى في مال اليتيم أيضا كذلك ؟ فن أبن ثبوت دلالة جواز شراء الثياب بدرهم اليتيم للوصى على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو مجرد مالايد عيا في التصرفات . نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن في قوله تعالى - ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن - ذلك المعنى لكنه إنما يعرف بدليل آخر لا بما ذكر من جواز شراء الثياب بدرهم اليتيم للوصى (قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف) قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ : أى العلل التي هي مناط الحكم ، أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب ، وثانيا بقوله إنها لا يتحقق غضبها وإتلافها ، وثالثا بقوله لأنها لا تماثل الأعيان الخ اه . أقول : فيه نوع خلل ، لأنه قال أو ما ذكره بكلمة أو وهي لأحد الأمرين ، ولا شك أن العلل التي كانت مناط الحكم هاهنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولا وثانيا وثالثا بأقواله المزبورة لأمر آخر ، فكيف يصح العطف بكلمة أو . وقال صاحب الغاية هاهنا : : أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم ، وأراد بالمآخذ ما ذكره أولا بقوله إنها حصلت في ملك الغاصب وثانيا أنها لا يتحقق غضبها وإتلافها وثالثا أنها لا تماثل الأعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص اه . أقول : يرد على ظاهره أن العلل التي هي مناط الحكم هاهنا هي ما ذكره المصنف أولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفت آنفا ، فما معنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بها ذلك . والعطف يقتضى التغاير بين المطوفين : لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ هاهنا ، وبقوله وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ماصدق عليه المآخذ هاهنا وتعيينه . فكأنه قال : أراد بمعنى المآخذ هاهنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ هاهنا ذلك ، والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهره فيصح العطف ، إلا أنه لو قال في الثاني وأراد بهذه المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن . ثم أقول : ببق في هذا المقام بحث قوى ، وهو أنه قد صرح في معتبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضا في الوقف ، ومال اليتيم وما كان معدا للإجارة مع أن العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضا . فإن قلت : العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ، ويجوز ترك القياس بالاستحسان . قلت : ذلك فيما يتصور ويمكن ، وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع ، وبعضها يدل على عدم إمكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والإجماع ، فإجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا .

(وقد عرفت هذه المآخذ) أى العلل التي هي مناط الحكم ، أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب ، وثانيا بقوله إنها لا يتحقق غضبها وإتلافها ، وثالثا بقوله لأنها لا تماثل الأعيان إلى آخره (في المختلف) يعنى في مختلف ألى الليث ، وقوله (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقومة . وتقريره أنا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لأن التقوم لا يبيح الوجود والإحراز ، وذلك فيما لا يبيح غير متصور بل يقوم لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالتراضى ، ولا عقد في المتنازع فيه (إلا أن) أى لكن ما ينتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين) والله أعلم .

(قوله أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت الخ) أقول : فيه بحث .

(فصل في غصب مالا يتقوم)

قال (وإذا ألتف المسلم خمر الذي أوخزيره ضمن قيمتهما ، فإن ألتفهما لمسلم لم يضمن) وقال الشافعي : لا يضمنها للذي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا ألتفها ذي على ذي أو باعها الذي من الذي . له أنه سقط تقويمها في حق المسلم فكذا في حق الذي ، لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بإلتافها مال متقوم وهو الضمان . ولنا أن التقوم باق في حقهم ، إذ الخمر لم كالخل لنا والخزير لم كالشاة لنا .

(فصل في غصب مالا يتقوم)

قال صاحب النهاية : لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الأصل لأن الغصب بحدّه الذي ذكرناه إنما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوماً . إما باعتبار ديانة المغصوب منه بأنه متقوم أو بتغيره في نفسه إلى التقوم اهـ كلامه . وقد اختلف أثره صاحب العناية . أقول : لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا إلى المصير إلى اعتبار عرضية أن يصير مالا يتقوم متقوماً بأحد الاعتبارين المذكورين ، بل لا وجه له عند النظر الدقيق لأن المبين في هذا الفصل ضمان مالا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ، في مالا ضمان فيه كإلتاف خمر المسلم وخزيره لا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوماً باعتبار ما أصلا . فإن اعتبار عرضية أن يصير متقوماً مالا لا تأثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع إياه عنه . ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوماً منهم الشراح الكاكي حيث قال : لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم إذ هو الأصل شرع في بيان غصب مالا يتقوم اهـ . ومنهم الشراح الإتقاني حيث قال : لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الأصل شرع في بيان غصب مالا يتقوم كالخمر والخزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اهـ (قوله ولنا أن التقوم باق في حقهم ، إذ الخمر لم كالخل لنا والخزير لم كالشاة لنا) أقول : فيه إشكال من وجهين : أحدهما أن الحصم

(فصل في غصب مالا يتقوم)

لما فرغ من بيان ماهو الأصل وهو غصب ما يتقوم لتحقيق التصب فيه حقيقة بين غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوماً إما باعتبار ديانة المغصوب منه بتقومه أو بتغيره في نفسه إلى التقوم (قال : وإن ألتف المسلم خمر الذي أوخزيره النخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه : إلتاف المسلم خمر المسلم : وإلتاف الذي خمر المسلم : وإلتاف الذي خمر الذي . ولا ضمان على الملتف في الأولين بالإجماع . وأما في الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله . وعلى هذا الخلاف إذا باعها الذي من الذي جاز البيع عندنا خلافاً له . قال (سقط تقويمها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذي لأنهم أتباع لنا في الأحكام) قال صلى الله عليه وسلم « إذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لم لهم للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » والردا سقط تقويمها (فلا يجب بإلتافها مال متقوم وهو الضمان) أى ما يضمن به (ولنا أن التقوم باق في حقهم ، إذ الخمر لم كالخل والخزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله : ماذا تصنعون بما يمرّ به أهل الذمة من الخمر ؟ فقالوا : نشربها . قال : لا تفعلوا ، ولوهم يبيعها ويخذوا العشر من أثمانها . فقد جعلها مالا متقوماً في حقهم

(فصل في غصب مالا يتقوم)

(قال المصنف : وإذا ألتف المسلم خمر الذي أوخزيره ضمن) أقول : في شرح الكافي لصدر الإسلام : لو ألتف مسلم على ذي غنرا على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئا : وعلى قول أبي يوسف وعبد يضمن قيمته . قال الإتقاني : وهذا خلاف ما ذكره القنودى في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي ، ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجع (قال المصنف : وعلى هذا الخلاف إذا ألتفها ذي على ذي) أقول : ولقد أسسن حيث أتى في المسلم بالمال من الذي يمل (قوله دل على ذلك قول عمر ، إل قوله : لا تفعلوا النخ) أقول : قوله لا تفعلوا مقول قول .

قال : إنهم أتباع لنا في الأحكام ، وتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » كما صرح به في الكافي وعامة الشروح ، فكيف يتم التعليل بأن تقوم باقي في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباع لنا في الأحكام ، والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول . فلان قلت : نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا . فبذل النص المتضمن لهذا الأمر وهو قوله عليه الصلاة والسلام « اتركهم وما يدينون على مدعائنا هاهنا . قلت : للخصم أن يقول : المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات ، وما نحن فيه من المعاملات ، ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين ثبت الرجحان . والثاني أنه قد تقرر في علم الأصول أنه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالإيمان والعقوبات والمعاملات والعبادات أيضا في حق المواخظة في الآخرة . وأما في حق وجوب الأداء في الدنيا فيختلف فيه ، وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالمخاطبات الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير أيضا . ثم أقول : يمكن الجواب عن كل واحد منهما : أما عن الأول فبأن يقال : ما نحن فيه مخصص بالإجماع من عموم النص الدال على كونهم أتباع لنا في الأحكام ، فلان عمر رضى الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر ؟ فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ، ولوم بيعها وخلو العشر من أثمانها ، فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جواز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فحل محل الإجماع وقد صرح به بعض الشراح . وأما عن الثاني فبأن يقال : كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيها يتحمل الخطاب التعميم لهم أيضا ، وأما فيما لا يتحمله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا ، وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا ، والأصل أن ما ثبت يبق إلى أن يوجد الزيل ، والمزيل وهو قوله تعالى - رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه - وجد في حقا بدليل السياق والسياق ، فبقى في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية ، فلم يبق مجال للتعيم للكفار أيضا ، وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال : تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الأمم الماضية ، وكذا في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام ، ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصة في حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقي حلالا على الكفار كسكاح المشرقات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصة في حق المسلمين فبقى حلالا في حق الكفار فكذا هاهنا ألا يرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون - والمؤمن هو الذي يفلح إذا اجتنب الخمر ، وقال تعالى - حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير - إلى هنا لفظ غاية البيان . ثم إن التحقيق الذي لا محيد عنه هاهنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فيعوض مشايخنا قالوا : الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير ، فالخمر في حقهم كالخمر في حقا والخنزير في حقهم كالشاة في حقا في حق الإبادة شرعا ، فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم . ودليل الإبادة في حقهم أن كل واحد منهما متع به حقيقة صالح لإقامة مصلحة البقاء ، والأصل في أسباب البقاء هو الإطلاق ، إلا أن الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى ، أو معقولا لمعنى لا يوجد هاهنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة ، وهو قوله تعالى - إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة - لأن الصد لا يوجد في الكفرة ، والعداوة فيها بينهم واجب الوقوع لأنها سبب المنازعة والمنازعة سبب الملاك ، وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم . وبعضهم قالوا : إن الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين ، لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت عندنا هو الصحيح من الأقوال على ما عرف في أصول الفقه . وعلى هذا طريق الضمان وجهان : أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض أن تصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والإتلاف يعتمد كون المحل المخصوص والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال ، ألا يرى أن المهر والمهرض وما

حيث جاز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ، ولم يفعل ذلك إلا لتدبيرهم بذلك

ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام ، وإذا بقي النجوم فقد وجد إلتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه . بخلاف الميتة والدم ، لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين تحولها ، إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال ، لأن المسلم ممنوع عن تملكه لكونه إعرزا له ، بخلاف ما إذا جرت المباينة بين الذميين لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها .

لامتنعة له في الحال مضمون بالغصب والإلتلاف . والثاني أن الشرع متناعن التعرض لم يمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير حسا لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : أمرنا أن نتركهم وما يدينون ، ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمتنا ترك التعرض لم في ذلك ، ونفي الضمان بالغصب والإلتلاف يفضي إلى التعرض لأن النسيه إذا علم أنه إذا غصب أو أثلث لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك ، وفي ذلك منعهم والتعرض لم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) أقول : لقائل أن يقول : فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الأمور كإحداث البيعة والكفيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فلهم بمنع منها على ما مر في كتاب السير . والجواب أن أدناها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها ، كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » على ما سيأتي بيانه عن قريب . قال صاحب العناية أخذنا من النهاية ، ونوقض بما إذا مات المجوسى عن ابنتين إحداهما أدراة فلها لاستحق بالزوجة شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح ، وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون . وأجيب بأننا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان اه . واعتراض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه إن مراد الناقض أنا إذا حكنا بينهم على شرع الإسلام بطليم ذلك لا نورثها اه . أقول : ليس فيما ذكره كبير حاصل ، إذ مراد المجيب أيضا أن عدم توريثنا إياها إذا حكنا بينهم على شرع الإسلام بطليم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بأنكحة المحارم . نعم يعتقد المجوسى صحة نكاح المحارم ، وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث : ألا يرى أن الميراث يمنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح ، وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية ، وإن أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التوريث بأنكحة المحارم وطلبوا ذلك لم يحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الإسلام ، فلا فائدة فيه لأن ما يضرنا إنما هو النقض بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض . ثم أقول : بقي هاهنا كلام آخر ، وهو أن للسائل أن يورد النقض حيثن بمسلمات عن زوجة كافرة فلها لاستحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين ، مع أن وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الأديان إذا لم يوجد مانع ، والظاهر

(ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) يعنى لانجادلهم على الترك (والسيف موضوع) يعنى لا يجبرون على الترك بالإلزام بالسيف لعقد الذمة ، وحيثن تعذر الإلزام على ترك الدين فيبقى النجوم في حقهم ، وإذا بقي فقد وجد إلتلاف مال مملوك متقوم : وذلك يوجب الضمان بالنقص فيضمنه . ونوقض بما إذا مات المجوسى عن ابنتين إحداهما أمراة فلها لاستحق بالزوجة شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون . وأجيب بأننا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان . وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب لمقيس عليه للشافعى رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين تحولها ، إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كانت مثلية وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لأن المسلم ممنوع عن تملكه لكونه إعرزا له) بخلاف أهل الذمة فلهم غير ممنوعين عن تملكها وتملكها ، فإن جرت مباينة جاز لم بتمليك وتملك ، وإن استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه

(قوله لانجادلهم على الترك الخ) أقول : أى ترك ما يدينون (قوله وأجيب بأننا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث الخ) أقول : فيه أن مراد الناقض أنا إذا حكنا بينهم على شرع الإسلام بطليم ذلك لانورثها .

وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم، وبخلاف العبد المرتد يكون للذي ، أنما ما ضمننا لم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين ، وبخلاف متروك التسمية عامدا إذا كان لمن يبيحه لأن ولاية الحاجة ثابتة .

أن الكفر ليس بمنع عن الإرث في اعتقاد الكفرة ولم تركهم وما يدينون هناك ، فتأمل في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تحليك الخمر وتملكها ، كذا قاله جماعة من الشراح . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك : والأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من العطف حيثند اه . أقول : تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد ، لأن كلمة هذا مع كونها بما يأتي ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون ، لأن الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدبنا لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى - وأخذهم الربا وقد نهوا عنه - كما صرحوا به قاطبة ، حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا إياهم عن الربا مخالفا لقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة . وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون يصير المعنى : وهذا أي قوله ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا . وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملازمة الخلاف بينهما كما بينا آنفا . وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تحليك الخمر وتملكها كما ذهب إليه جماعة من الشراح فيصير المعنى : وهذا أي عدم كون الذي ممنوعا عن تحليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا . ولا يخفى أن هذا المعنى سديد وأن كلمة هذا التي يشار بها إلى التقريب في محلها حيثند . وقال بعض الفضلاء : بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخزير اه أقول : هذا أقبح مما قاله صاحب العناية ، لأنه إن كانت الإشارة بهذا إلى الخمر والخزير يتأويل ما ذكر كما زعمه يصير المعنى : وهذا أي ما ذكر من الخمر والخزير ملتبس بخلاف الربا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله فيضمنه معنى وإن صير إلى التقدير بأن يقال : المراد وهذا بخلاف الربا في الضمان فيحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا ، لأن الضمان إنما يتصور في الإلتاف ومثله الربا بما لا مساس له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لأن ولاية الحاجة ثابتة) قال في العناية : يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد

(قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تحليك الخمر ، كذا قيل . والأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون إلى آخره لاتساق ما بعده من العطف حيثند (وقوله لأنه مستثنى من عقودهم) يعني يعلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » وذلك لأنه فسق منهم لالتدين لثبوت حرمة الربا في دينهم ، قال الله تعالى - وأخذهم الربا وقد نهوا عنه - (وبخلاف العبد المرتد للذي) فإن المسلم إذا أتلفه لا يضمن شيئا وإن كان اعتقاد الذي أن العبد المرتد مال متقوم وهو أيضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رحمه الله . ووجه الجواب (أنا ما ضمننا لم ترك التعرض) للعبد المرتد للذي (لما فيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك والإعراض عنه . واستشكل هذا التعليل بما إذا أتلف على نصراني صليبا فإنه يضمن قيمته صليبا ، وفي ترك التعرض استخفاف بالدين . وأجب بأن ذلك كفر أصلي ، فالنصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد (وقوله بخلاف متروك التسمية) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدينون : يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى . وحيثند يجب أن نقول بوجود الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله . ووجه الجواب ما قاله أن ولاية الحاجة ثابتة ، والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إعجاب

(قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تحليك الخمر ، كذا قيل ، والأولى أن يتعلق بقوله نحن الخ)
أول : بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه ، والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخزير .

قال (فإن غصب من مسلم خرا فخللها أو جلد ميتة فدبغها فلصاحب الحمر أن يأخذ الخل بغير شيء . ويأخذ جلد الميتة ويردّ عليه مازاد الدباغ فيه ، والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس ، وبالفصل الثاني إذا دبغها بماله قيمة كالقرط والعص ونحو ذلك . والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب الذنجس فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المسالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال مقوم للغاصب كالصبيغ في الثوب فكان بمنزلة فخللها يأخذ الخل بغير شيء . ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه . ويبان أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ ، وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما ، وللغاصب أن يجبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس في المبيع . قال (وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة ، وقالوا : يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه)

على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى ، وحينئذ يجب أن نقول بموجب الضمان على من أثلف متروك التسمية عامدا لأنه مال مقوم في اعتقاد الشافعي . ووجه الجواب ما قاله أن ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه . ولقائل أن يقول : لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة : لأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم . والجواب أن الدليل هو قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وكان ذلك بعقد الذمة وهو مستف في حق المجتهدين . إلى هنا لفظ العناية . واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال : فيه بحث . فإن القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اهـ . أقول : هذا ساقط جدا . أما أولا فلأن القاضي إنما ينفذ ما حكم به قاض آخر إذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والإجماع ، وأما إذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضي أصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ، ومثلوا ما يخالف الكتاب بالحكم محل متروك التسمية عامدا فإنه مخالف لقوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - والكلام هاهنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ . وأما ثانيا فلأن حاصل الجواب المذكور أن حلة الأمر بالترك في قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » هي عقد الذمة ، وهو مستف في حق المجتهدين فلا يتصور إلحاق المجتهدين بأهل الذمة في ترك الحاجة لادلالة ولاقياسا . ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى ، وأن حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

الضمان هذا ما قالوه . ولقائل أن يقول : لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة ، لأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم . والجواب أن الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم « اتركوهم وما يدينون » وكان ذلك لعقد الذمة وهو مستف في حق المجتهدين . قال (فإن غصب من مسلم خرا فخللها الخ) من غصب من مسلم خرا فخللها أو جلد ميتة فدبغها فكل منهما على وجهين ، لأن التخليل أو الدباغ إما أن يكون يخلط شيء . وبما له قيمة أولا : فإن خلل بغير شيء بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إليها ، أو دبغ بالقرط بفتحيتين وهو ورق السلم والعص ونحوهما . فإذا أن يكون الخل والجلد باقيين أولا ، فإن كانا باقيين أخذ المالك الخل بلا شيء . وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه . وطريق علمه أن ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما ، وللغاصب أن يجبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس في المبيع ، والفرق بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب وهو نير وإن لم يكن باقيين ، فإن استهلكهما الغاصب ضمن الخل ، ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وقالوا : يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه ، وإن هلكا في يده فلا ضمان عليه بالإجماع ، والجمع عليه لا يحتاج إلى دليل لأن دليله الإجماع فلهذا لم يذكره المصنف ، والبيئة على ذلك أنه إن

(قوله ولقائل أن يقول : لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة الخ) أقول : الأولى استحلال متروك التسمية بخلاف لنص الكتاب والخم مؤمن به فيثبت ولاية الحاجة (قوله والجواب ، إلى قوله : وهو مستف في حق المجتهدين) أقول : فيه بحث ، فإن القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه .

ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع . أما الخلل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ، ويجب مثله لأن الخلل من ذوات الأثقال . وأما الجلد فلعلها أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه ويضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ، ولأنه واجب الرد ، فإذا قوت عليه خلفه قيمته كما في المستعار . وبهذا

لا يفتح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور ، بل هو كلام آخر معلوم وجهه في عمله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالإجماع) قال صاحب العناية : والجميع عليه لا يحتاج إلى دليل ، لأن دليله الإجماع فلعلها لم يذكره المصنف اه . أقول : هذا ليس بسديد ، لأن الذي لا يحتاج إلى دليل ما أجمع عليه الأمة بالإجماع الذي هو أحد الأدلة الأربعة الشرعية فإن الإجماع عليه بالمعنى المذكور يكتفى دليلا عليه ، والظاهر أن مراد المصنف بالإجماع هاهنا هو إجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسألة الاستهلاك ، لا إجماع الأمة الذي هو من الأدلة ، لأن هذا الإجماع إنما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيها نحن فيه ، كيف وقد قال في معراج الدراية هاهنا : وعند الأئمة الثلاثة : يعني مالكا والشافعي وأحمد لم تخلل الحرمة بنفسها وهلك في يد الغاصب يضمن ، وأما إذا تخلل بفعل الغاصب لا يضمن . وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه ردّه ولا يضمن ، وفي قول وجب رده ويضمن اه . فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لأئمتنا في بعض صور الملاك فيما نحن فيه ، مع أن مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد ، فلم يتحقق إجماع الأمة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ، ولم ينقل إجماع أمة أخرى من قبل ، فلم يمكن حمل الإجماع المذكور على إجماع الأمة كما لا يخفى . وقال صاحب النهاية هاهنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالإجماع لأن دليله ظاهر ، وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الملاك ، ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لأنه لم يكن لكل واحد من الحر ووجد الميتة قيمة يوم الغصب ، ولا وجه لضمان قيمته يوم الملاك أيضا لأنه لم يوجد منه فعل في هلاكه ، والضمان لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدّي اه كلامه . أقول : ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على التردد غير مسلم ، ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها لسائر المسائل سببا لدليل وجوب الضمان في استهلاك الخلل ممنوع ، ولو سلم فليس من ذاب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل . ثم أقول : لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة هاهنا انتفاهما مما ذكره في دليل مسألة الاستهلاك يرشدك إليه قطعا قوله في أثناء ذلك وبهذا فارق الملاك بنفسه ، تبصر ترشد (قوله كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه . أقول : هذا النظر ساقط جدا ، إذ لا نسلم أولا أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فإن نفس الغصب إنما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب ، وإنما يجب ضمان المثل أو القيمة بالملاك أو الاستهلاك ، ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب

ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ، ولا لضمان قيمته يوم الملاك لأنه لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدّي والقرض عدمه (وقوله أما الخلل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلعلها أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القلوبي : يعني إذا غصب الجلد من منزله ، فأما إذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه . وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضا . وإذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر ، لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه (قوله ولأنه واجب الرد) دليل آخر . وتقريره أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده ، فإذا قوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا الملاك ، وبهذا فارق الملاك بنفسه لأنه لا تقويت منه هناك . قال الإمام فخر الإسلام رحمه الله وغيره ،

فارق الملاك بنفسه . وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس . أما عند اتحادهما فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه . وله أن تقوم حصل بصنع الغاصب وصنعتة متقومة لاستعماله مالا متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له في حق التقوم ، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع ، كما إذا هلك من غير صنعة ، بخلاف وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك ، والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً . بخلاف الذكي والثوب ، لأن التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصنغ فلم يكن تابعا للصنعة .

سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضا سببا له ، ومقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان المتعدى ما استهلكه وإعطاء المالك ما زاده الصنعة . وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه ، غاية الأمر أن في جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان ، وهذا لا ينافي صحة اتقياس عليه في السبب المشترك . وقد أشار إليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المثل : إن الاستهلاك جنابة موجبة للضمان في محل هو مال متقوم ، وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوماً كما في الثوب . إلا أن هناك السبب الأول وهو الغصب موجب للضمان أيضا . فله أن يضمته بأى السببين شاء . وهاهنا السبب الأول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثاني فكان هو في النسب كغيره ، ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه أن يضمّن المستهلك ويعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه . إلى هنا كلامه قوله ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعة (قال صاحب العناية في شرح قوله كما إذا هلك من غير صنعة : فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد ، وإلا فالغصب موجب للضمان في الملاك والاستهلاك اه كلامه . واقتى أثره الشارح العيني . أقول : فيه نظر ، إذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الملاك من غير صنعة لا يجب أن يكون باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون : فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين الزبورين ، وإلا فالغصب موجب للضمان في الملاك والاستهلاك ، بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدى هناك كتحقيقه في صورة الاستهلاك على ما أشار إليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا في تعليل تلك المسألة فيما مرّ وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الملاك والاستهلاك إنما هو عند تحقيق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لأن كون المأخوذ مالا متقوماً معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب ، وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا ، وإنما يصير متقوماً بالدباغ . وكلامنا فيما إذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الأخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب للضمان فيما نحن فيه بل لا ريب ، ويؤيد ما قلنا إن الحمر المختلطة بنفسها أيضا غير مضمونة في صورة الملاك بالإجماع كما مر ، وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها ، فلو كان مجرد الغصب وهو الأخذ جبرا بدون

في شروح الجامع الصغير : قولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس : يعنى أن القاضي قوّم الجلد بالدرهم والدباغ بالدنانير ، فيضمن الغاصب القيمة وبأخذ ما زاد الدباغ . أما إذا قوّمهما بالدرهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه . ولأبي حنيفة رحمه الله : لا تسلّم أن الجلد مال متقوم بنفسه ، وإنما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعتة متقومة لاستعماله مالا متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفى ما زاد الدباغ ، فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب في حق التقوم ، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لتلازم مخالفة التبع أصله ، كما إذا هلك من غير صنعة فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد ، وإلا فالغصب موجب للضمان في الملاك والاستهلاك (قوله بخلاف الرد الخ) جواب عن قولهما ولأنه واجب الرد ، وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك ، والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والأصل فيه الصنعة وهى غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة . وقوله (بخلاف الذكي والثوب) جواب عن قولهما كما إذا غصب ثوبا وأقحم الذكي استظهارا

ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل : ليس له ذلك ، لأن الجلد لاقية له ، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة ، وعندهما له ذلك ، لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك ، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه .

تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الملاك والاستهلاك ، أو كان مجرد حصول التقوم للأخذ بعد الأخذ كافيا في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخلطة بنفسها في يد الآخذ جبرا مع أنه خلاف ما عليه الإجماع . ثم أقول : لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما إذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان الزبوران مما يليق بقلده الجليل وإن كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول : يجوز أن يكون مراده بقوله كما إذا هلك من غير صنعه هو التضييع والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وإن كان السبب مختلفا في صورتين ، ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب ، وهو كون الأصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع . لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سببا أيضا في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لا من حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما ، وإلا فالغصب موجب للضمان في الملاك والاستهلاك ، فإنه إذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الملاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب ، لأن انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء السبب فيلزم أن لا يصح قولهما ، وإلا فالغصب موجب للضمان في الملاك والاستهلاك تأمل تغف (قوله ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته . قيل ليس له ذلك لأن الجلد لاقية له ، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة) قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك : أي مطلقا بلا خلاف ، ويتقضى هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى . أقول : تعليل هذا القول الاتفاق بقوله لأن الجلد لاقية له ، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة مشكل عندئذ ، فإنه لا يمتشى على أصل الإمامين ، إذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه ، كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبيغ فيه ، والتعليل المذكور هاهنا صريح في خلاف ذلك كما ترى . لا يقال : المراد هاهنا أن الجلد لاقية له وقت الغصب ، بخلاف الثوب فإن له قيمة وقتئذ ، والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة . لأننا نقول : الكلام فيما إذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ كما أشار إليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بلا خلاف بأن الجلد لاقية له وقت الغصب ، بخلاف الثوب فإن عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ . وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر . على أنه لو كان المراد هاهنا أن الجلد لاقية له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبيغ الثوب لأن الصبيغ في الثوب يلزأ الدباغ في الجلد تأمل (قوله لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأن المعجز في الاستهلاك لأمر من جهة

لأن التقوم فيما : أي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدفع والصبيغ فلم يكن تابعا للصنعة ، والتقوم يوجب الضمان (ولو كان) الجلد قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه) أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم (ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لأن الجلد لاقية له ، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك) وقوله (لأنه إذا تركه) دليل أن في المسئلة خلافا لا دليل المخالفين . ووجه ذلك أنه إذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك ، وهو أي الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفا ، وفيه نظر لأن

ثم قيل : يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك . وقيل يضمه قيمة جلد ذكر غير مدبوغ ، ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب . ولو استهلكه الغاصب بضمّن قيمته مدبوغا . وقيل طاهرا غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي حصل فلا يضمه . وجه الأول وعليه الأكثر أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه . وإذا صار الأصل مضمونا عليه فكذا صفته ، ولو خلل الحمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة : صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه . وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ، ومعناه هاهنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخل . وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل . وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمها عند أبي حنيفة خلافا لما كما في دبغ الجلد . ولو خللها بإلقاء الخل فيها ، فمن محمد أنه إن صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لأنه استهلاك له وهو غير متقوم ، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كأن الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما . لأن خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصالة ليس باستهلاك

الغاصب وفي تركه وضمه القيمة من جهة المالك . ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدّي فيها الغاصب جوازه فيها ليس كذلك اهـ . أقول : يمكن أن يناب عن هذا النظر بأن العجز في الاستهلاك لما كان لأمر من جهة الغاصب لذلك العجز فيها تركه المالك على الغاصب وضمه القيمة كان الأمر من جهة الغاصب فإن المالك إنما تركه عامة وضمه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه إعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على إعطائه ولا يجه ذلك فكان السبب الأصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه ؛ ألا يرى أنه لو دبغه بما لا قيمة له وكان هو لمالكه بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قيل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك . وقيل يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ) يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمين على قولهما ، فقال بعضهم يضمه قيمة جلد ذكي مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في صور الاستهلاك ، وقال بعضهم : يضمه قيمة جلد ذكي غير

العجز في الاستهلاك لأمر من جهة الغاصب وفي تركه وضمه القيمة من جهة المالك . ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدّي فيها الغاصب جوازه فيها ليس كذلك . ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك . وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ، هذا كله إذا دبغ بما له قيمة وخلل بغير خلط شيء . أما إذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزال ملك المالك . ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لأنه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه . فكانت المالية والتقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك . واختلفوا في كيفية الضمان فقيل : ضمن قيمته مدبوغا ، وقيل طاهرا غير مدبوغ . وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر . وإذا خلل الحمر بإلقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله : صار الخل ملكا للغاصب ، ولا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه كما في دبغ الجلد . وقوله (قالوا) يشير إلى أن ثمة قولاً آخر ، وهو ما قبل إن هذا والأول سواء لأن الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر ، وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير إليها قوله (فهو على ما قيل وقيل) بتكرير قيل إشارة إلى القولين المذكورين في دبغ الجلد ، وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك ، إلى أن قال : قيل ليس له ذلك ، وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه . وقوله (وهو على أصالة ليس باستهلاك)

(قال المصنف : وعندهما أخذه المالك) أقول : قال صاحب التسهيل : يشكل هذا بما مر من أصلهم ، وهو أنه إذا غره بفعله حتى زال اسمه ومظلم منافعه يملكه فيتمين للضمان والخل كذلك لزوال اسم الحمر ، ومظلم ما يقصد به من الأغراض بفعله وهو إلقاء الملح وغره ، فينبغي أن يأخذ . ويمكن أن يقال : كأنه تخلل بنفسه ، لأن في طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لا يستتبع ، بخلاف الخل انتهى .

وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ، ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ، ولا ضمان في الاستهلاك لأنه أتلف ملك نفسه . وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول لما بينا ، ويضمن في الوجه الثاني لأنه أتلف ملك غيره . وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن المالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء ، لأن المثل في بصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما ، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها في كفاية المنتهى . قال (ومن كسر لمسلم بربط أو طبل أو مزمار أو دفا أو أراق له سكرا أو منصفاً فهو ضامن ، ويبيع هذه الأشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يضمن ولا يجوز بيعها . وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف . وقيل الفتوى في الضمان على قولهما . والسكراسم للتي من ماء الرطب إذا اشتد . والمنصف مذهب نصفه بالطبخ . وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباقي عن أبي حنيفة روايتان في التضمن والبيع . لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فيطعن تقوما كالخمر ، ولأنه فعل ما فعل أمرا بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام . ولأبي حنيفة أنها أموال لصالحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وإن صلحت لما لا يحل فصار كالأمة المغنية ، وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم ، وجواز البيع والتضمن مرتبان على المالية والتقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لتدبرتهم وباللسان إلى غيرهم ، وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكيش التطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور ، كذا هذا ، وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ، ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جاز ، وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليبا حيث

مدبوغ ، كذا في الشروح . أقول : ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فإن قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها ، إذ قد قال المصنف فيما مر في بيان أخذ الجلد وإعطاء ما زاد الدباغ فيه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما ، وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد إعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها ، فما فائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد ، والله تعالى أعلم وأحكم .

أى أصل محمد رحمه الله ، فإن أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضا أن خلط الشيء بمنحه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما ، فإذا أتلفه فقد أتلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المفضوب منه . وقوله (هو للغاصب في الوجهين) يعنى ما إذا صارت خلا من ساعته أو بعد زمان ، وقوله (أجروا جواب الكتاب) يعنى الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ومعناه أن بعضهم حملوه على الوجه الأول وهو التخليل بغير شيء . كما تقدم ، وبعضهم أجروه على إطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها ، وهى التخليل بغير شيء . والتخليل بإلقاء الملح والتخليل بصب الخل فيه لأن المثل في بصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما . قال (ومن كسر لمسلم بربط أو طبل) قال في الجامع الصغير : ومن كسر لمسلم بربط وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة . وقوله (أهرق له سكرا) أى صبّه ، يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء ، وأهرق يهريق يسكونها ، والهاء في الأول بدل عن الهزمة وفي الثاني زائدة ، وكلامه إلى آخره ظاهر لا يحتاج إلى شرح ، والله أعلم بالصواب .

ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافسه ، فإن منافستها الغير مشروعة كلامنا (قال المصنف : لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه) أقول : لعل المراد بالملك هو الكراهة ، والله أعلم .

يضمن قيمته صليبا لأنه مقرّ على ذلك . قال (ومن غضب أم ولد أو مدبرة فانت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة ، وقالوا : يضمن قيمتهما لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق . ومالية أم الولد غير متقومة عنده ، وعندهما متقومة ، والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب .

(كتاب الشفعة)

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما . والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه . لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإجازات والشركات والمزايع أوجب تقديمها ، كذا في الناية وكثير من الشروح . أقول : لا يذهب عليك أن الوجه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النقط المتقدم كما مر بيانها قد ساق ذكر كتاب الشفعة إلى هنا ، فلا حاجة إلى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة إلى معرفته الخ ، فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النقط المتقدم كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة . قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه : ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم إن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة . والأعم يستحق التقديم اهـ . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ الغصب لا يعم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حينئذ ، بل الغصب عندهما إنما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا ، وإنما يتأتى عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضا ثمّة . ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب إليه إمامنا الأعظم وإمامنا الثاني ، إذ لو كنّا نجرد كون العموم محل اجتihad بمجهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة ، فإن الشفعة أيضا تم العقار والمنقول عند مالك فإنها واجبة في السفن أيضا عنده على ما صرحوا به وسيأتى في الكتاب . ثم إن من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار ، قال الله تعالى - وما جعل عليكم في الدين من حرج - وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا إضرار في الإسلام » ولا شك لأحد في حسن دفع ضرر التأذى بسبب سوء

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما . والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه ، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز مع كثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإجازات والشركات

(كتاب الشفعة)

(قوله لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة الخ) أقول : لكن ما ذكر في بيان وجه تأخير الغصب عن المأذون يفي عن بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة . ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول ، بخلاف الشفعة ، والأعم يستحق التقديم (قوله من الاستحقاق في البياعات والأشربة الخ) أقول : فيه بحث ، إلا أن يقال : كلمة من التعليل .

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشترة إلى عقار الشفع . قال (الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل

الجارة على الدوام ، وقد جاء في تفسير قوله تعالى - لأعذبه عذابا شديدا - أي لألزمته حصة الأضداد ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . ثم إن الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشترة إلى ملك الشفع ، ومنه شفاع رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لأنه يضمهم بها إلى الطاهرين . وفي الشريعة : هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه ، كذا في عامة الشروح والمآثور ، إلا أنه وقع في بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة ، وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك ذكره في الأكثر بناء على ظهوره . أقول : في الكل إشكال ، وهو أنه إن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم ، وسيجيء في الكتاب من أن الشفعة يجب : أي تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم ، لأن ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالراضى أو قضاء القاضي ، فإن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد صحة ، إذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والإشهاد لم يوجد بالأخذ بالراضى ولا قضاء القاضي لاحالة فلم يوجد التملك أيضا ، فلي تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالإشهاد . وأيضا قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا ، فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكما للشفعة . أما الأول فلأنه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة إنما هو الوصول إلى تملك البقعة المشفوعة ، وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل ، وحكم الشيء يقارن ذلك الشيء أو يعقبه ولا يتقدم عليه ، فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكما للشفعة على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك . وأما الثاني فلأن ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى ، وحكم الشيء ما يغيره ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لأن يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك . فالأظهر عندى في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال : ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار . فإنه إذا كانت حقيقة الشفعة في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الإشكال الذي ذكرناه بحذافيره ، ويظهر ذلك بالتأمل الصادق ، ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة . ثم إن سبب الشفعة عند عامة المشايخ اتصال ملك الشفع بملك البائع ، لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة ، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفع بالمبيع . وكان الخصاف رحمه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب للبطل ، فهو إشارة منه إلى أن

والمراعات أوجب تقديمها . وسببها اتصال ملك الشفع بملك المشتري . وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشترة إلى عقار الشفع . وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار . قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) الشفعة واجبة : أي ثابتة للخليط في نفس المبيع : أي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ، ثم للجار : يعنى الملاصق . قال المصنف رحمه الله (أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل

(قوله أوجب تقديمها) أقول : الظاهر تقديمه (قال المصنف : الشفعة مشتقة من الشفع) أقول : يقال شفت كذا بكذا : إذا سته شفعا به (قوله وفي الشريعة عبارة) أقول : قال الإتيان : الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار انتهى . ولعله أول ما ذكره غيره من أنها تملك عقار (قوله على المشتري بشركة أو جوار) أقول : لعله لم يذكر قيد جبرا اكتماله بكلمة على فإنها تدل على الاستعلاء للمبني عن الجبر (قال المصنف : الشفعة واجبة) أقول : أي ثابتة ، وفي قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة إشارة إليه ، وإضافة حق الشفعة بيانية (قال المصنف : أفاد هذا اللفظ) أقول : اللفظ مصدر في الأصل يتناول الكبير أيضا (قوله للشريك) أقول : اللام للاستحقاق كما في أمثاله .

واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب . أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم » ولقوله عليه الصلاة والسلام

كليهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح . لأن الشفعة إذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانياً بالطلب . وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة . لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما . قال : ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب ، فإن الشفع لو سلم الشفعة قبل البيع لأيصح ، ولو سلم بعد البيع يصح : ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسام قبل البيع لأنه يحصل بعد وجود سبب الوجوب ؛ ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ، ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة . والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكداهما بالطلب وثبوت الملك في البعثة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا : كذا في الذخيرة . وذكره صاحب النهاية معزياً إلى البسوط والذخيرة والتحفة وغيرها . أقول : يجوز أن يكون مراد الحصاص بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالبيع ثم يتأكد وجوبها ويستقر بالطلب فينول إلى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار . ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى - اهدنا الصراط المستقيم - من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم يكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب . ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء أكثر من أن تحصى . والعجب أن عامة فئات المشايخ حلوا كلام ذلك المهام الذي له يد طول في الفقه على المعنى الذي هو بين البطلان ولم يعمل أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف انضمام (قوله أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم ») أقول : لقائل أن يقول : هذا الحديث وإن دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك إلا أنه ينفي بعض الآخر وهو ثبوته لغير الشريك أيضاً كالجار الملاصق ، لأن اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد ، وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند كما تقرر في علم الأدب ، ومثل ينحو قوله عليه الصلاة والسلام « الأئمة من قريش » سباً وقد أدخل على المسند هاهنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريقاً في إفادة القصر كما في - الحمد لله - على ما قالوا . فإني اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك ، وهو مذهب الشافعي فليتأمل في الجواب . قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث الزبور : أي تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في الداخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة له . واعتراض بعض الفضلاء على قوله أما إذا باع بعدها ثم وجهه حيث قال : هذا قول بمفهوم الصفة ، ونحن لا نقول به إلا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية له . أقول : كل من اعترضه وتوجيهه ساقط . أما الأول فلأن قول صاحب العناية : وأما إذا باع بعدها ثم ليس بداخل في تفسير معنى الحديث الزبور حتى ينتجه عليه أن يقال هذا قول بمفهوم الصفة ، ونحن لا نقول به ، بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع . وأما الثاني فلأنه لو كانت اللام الاختصاصية مداراً لتخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضاً لكونه غير شريك لم يقاسم ، فيلزم أن يكون حجة علينا لا لنا (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام

واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب ، والدليل على الأول ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشفعة لشريك لم يقاسم ») أي تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في الداخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة (وقوله صلى الله عليه وسلم

(قال المصنف : فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم ») أقول : قوله لم يقاسم للنع احتمال المجاز ، إذ لا شركة بعد القسمة (قوله تثبت الشفعة) أقول : تكرير للتأكيد (قوله أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في الداخل ولا في نفس الدار) أقول : هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به ، إلا أن يقال : التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية (قوله فحينئذ لا شفعة) أقول : فيه شيء ، إلا أن يقال : المراد لا شفعة للخلطة .

« جاد الدار أحق بالدار ، والأرض ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا » وقلوله عليه الصلاة والسلام
« الجار أحق بسقبة ، قيل يارسول الله ماسقبه ؟ قال : شفعتي ، ويروى « الجار أحق بشفعتي » وقال الشافعي :
لاشفعة بالحوار لقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »

« جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا » أى جار الدار أحق بالدار وجار الأرض
أحق بالأرض . وقوله « ينتظر له وإن كان غائبا » : أى الشفعيع يكون على شفعتي وإن غاب ، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق سببه .
كذا قال تاج الشريعة . ويقرب منه قول صاحب العناية : يعنى يكون على شفعتي مدة غيبته ، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق
تقرر سببه اه . قال في النهاية : وفي رواية الأسرار ينتظر بها إذا كان غائبا ، ثم قال في الأسرار : فإن قيل : المراد به أحق بها
عرضا عليه للبيع ، ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائبا . قلنا : إن النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق
فيكون أحق بها قبل البيع وبعده . وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق ، ولأن ما روى عن عمرو بن الشريد عن أبيه
عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه سئل عن أرض بيعت ليس لأحد فيها شرك ولا نصيب فقال : الجار أحق بشفعتي » فهذا يبطل
ذلك التأويل اه . وقال بعض الفضلاء على قوله وإن كان غائبا مقتضى كلمة إن الوصلية أنه إذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق
الأولى ، في كلامه بحث تأمله اه . أقول : المذكور في كثير من نسخ الهداية إن كان غائبا بدون الواو ، والذي ذكر في حاشية
ذلك القائل أيضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة إن وصلية ، بل المتبادر أن تكون شرطية . ويؤيده رواية الأسرار حيث
وقع فيها إذا كان غائبا ، فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى إذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الأولى . وأما على الرواية بالواو
وهي الأكثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها أيضا ، لأن معنى قوله ينتظر له وإن كان غائبا على ما بينوا أنه يكون على شفعتي
وإن غاب ، ولا شك أنه إذا كان على شفعتي حال غيبته فلا يكون على شفعتي حال حضوره أولى بالطريق ، وإن ترك الانتظار
على معناه الأصلي وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظر له إلى أن يمضي ويفرغ من شفعتي تحققت الأولوية أيضا في إذا لم يكن
غائبا ، لأنه إذا وجب الانتظار له إلى أن يمضي ويفرغ من شفعتي مع بعد زمان الانتظار فلا بد من الانتظار له إلى فراغه من
شفعتي عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم (قوله وقال الشافعي : لاشفعة بالحوار لقوله عليه
الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) قال صاحب العناية : وجه الاستدلال
أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام « الأئمة من قریش » فنحصر الشفعة فيما لم يقسم : يعنى إذا كان قابلا للقسم ، وأما
إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده ، وأنه قال « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة
في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه ، إلى هنا كلامه اه . أقول : في تقريره نوع خلل

« جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا » (والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله
إن كان طريقهما واحدا ، وقوله ينتظر له وإن كان غائبا يعنى يكون على شفعتي مدة غيبته ، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر
سببه . قيل معناه أحق به عرضا عليه للبيع ؛ ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وإن كان غائبا . وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله
أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده . وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفعتي مدة الغيبة ، وهو قوله صلى الله
عليه وسلم « الجار أحق بسقبة . قيل يارسول الله ماسقبه ؟ قال : شفعتي » وفي رواية « الجار أحق بشفعتي » والحديث الأول يدل على ثبوت
الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع ، والثالث للجار) وقال الشافعي رحمه الله : لا شفعة للجار لقوله صلى
الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم » ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » (ووجه الاستدلال أن اللام للجنس لقوله

(قوله ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار) أقول : يشير إلى أن قوله ينتظر له جملة تفسيرية (قوله وإن كان غائبا) أقول : مقتضى كلمة
إن الوصلية أنه إذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الأولى ، في كلامه بحث تأمله (قال الصنف : ويروى « الجار أحق بشفعتي ») أقول : ينبغي
أن يكون أحق صفة لاسم التفضيل ، إذ لا حق في الشفعة لما دون الجار (قوله وإنه قال : فإذا وقعت الحدود الخ) أقول : معطوف على

ولأن حق الشفعة معلول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه . وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم ، وهذا ليس في معناه لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع ، ولنا ما روينا .

لأن قوله والشريك في حق المبيع والجار حتى كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره ، فإن معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حتى المبيع مشاعا بينه وبين الآخر ، وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا ينجي ، وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال : فإن قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما . قلنا : مراده حتى كل منهما من الملك . اهـ . أقول : فحينئذ يخلل تفرع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حتى كل منهما مقسوم ، إذ لا يلزم من كون حتى كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » فإن دلالاته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معا : أى من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله « فإذا وقعت الحدود » ومن جهة حتى المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله « وصرفت الطرق » والأولى . والأولى في تقرير المقام أن يقال : وأنه قال « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق ، والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه ، إذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح ، فإن المصنف قال : وقال الشافعي : لا شفعة بالجوار . وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار . ثم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال : ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة . لأن الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضا . وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبر والهر . اهـ . ولكن يمكن أن يقال : وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة إلا في حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه . لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار إليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجوار حيث قالوا وهذا : أى الجار ، وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال : أى الجار : يعنى شفعة الجار . وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا ، وفسر عامتهم الفرع في قوله دون الفرع بالجوار أيضا ، وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الأصل بما لم يقسم . أقول : الحق الواضح عندي أن المراد بهذا الفرع كليهما هو المقسوم لا غير . لأنه لا حاصل لأن يقال : الجار ليس في معنى ما لم يقسم . إذ لم يقل أحد بأن الجار في حكم ما لم يقسم . وإنما قلنا إن المقسوم في حكم ما لم يقسم إذا وجد الاتصال بملك البائع . ولا صحة لأن يقال الجار فرع لما لم يقسم لأن الذى في حكم ما لم يقسم إنما هو

صلى الله عليه وسلم « الأئمة من قريش » فتتصغر الشفعة فيما لم يقسم . يعنى إذا كان قابلا للقسمة ، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده ، وأنه قال « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه » وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حتى كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه . قوله (ولأن حق الشفعة) دليل له معقول ، وتقديره أن حق الشفعة معلول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه ، فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا ، لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا . ولا دلالة إذا لم يكن في معناه من كل وجه (وهذا) أى الجار : يعنى شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع . لأن ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التى تلزمه . وقوله (في الأصل) أى فيما لم يقسم ، ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم . ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفى الشريك في حق المبيع لأنه مقسوم أيضا ، وفيما لم يحتمل القسمة كالبر والحمام (ولنا ما روينا) من الأحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام « جار الدار أحق بالدار » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بسقبة »

قوله أن الدار للجنس للنج (قوله والشريك في حق المبيع والجار حتى كل منهما مقسوم) أقول : فإن قيل : كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما ؟ قلنا : مراده حتى كل منهما من الملك (قوله وهذا : أى الجار : يعنى شفعة الجار الخ) أقول : الأولى أن يقال : أى محل النزاع

ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع . وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار ، إذ هو مادة المضار على ماعرف ، وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى لأن الضرر في حقه يلزم عاجه عن خطه آياته أقوى ،

المقوم لا الجار نفسه ، وهذا مما لاسترة به ، فعمامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضوعين عن سنن الصواب . وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه : وهو المقوم ، ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه : أي الجار ، إلا أنه لما ذاق بشاعة هذا التصيير قال بعده : يعني شفعة الجار لكنه ليس بتمام أيضا ، إذ لم يقل أحد أيضا بأن شفعة الجار في معنى نفس المالم يقسم إلا أن يقدر مضاف آخر في قوله معناه أيضا فيصير المعنى ليس في معنى شفته : أي شفعة مالم يقسم ، لكن لا ينبغي أنه تحل بعد تحمل بلا ضرورة داعية إلى شيء منها فالخ مآلته لقوله ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) قال تاج الشريعة : ذكر التأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية ، وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا . فإنه لا قرار له إذ التقض واجب دفعا للفساد اه . واقتضى أثره صاحب العناية . ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال : ليس للمستعير ملك حتى يحتز عنه اه . أقول : إن لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة ، لأن الإعارة تملك المنافع بلا عوض على ماعرف في كتاب العارية ، فكان قوله لأن ملكه متصل بملك الدخيل متناولا الدار المسكونة بالعارية أيضا فحصل بقوله اتصال تأييد الاحتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع) قال تاج الشريعة : قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الإجارة والدار الموهوبة والمجمولة وهما اه وقال صاحب العناية : وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجمولة مهرا اه . وتبعه الشارح العيني . أقول : فيه بحث ، لأن المستأجر وإن كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لأن الإجارة تملك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آتفا ، إلا أن كلا منهما قد خرجا بقوله اتصال تأييد فيها قبل فاما معنى الاحتراز عن الإجارة مرة أخرى بقوله هاهنا عند وجود المعاوضة بالمال . وأما المرتين فلا ملك له في الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة ، فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التأييد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيود المذكور هاهنا أصلا . والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجمولة مهرا ، فإن في كل منها يتحقق الملك والتأييد والقرار . لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شيء منها (قوله لأن الضرر في حقه يلزم عاجه عن خطه آياته أقوى) قال بعض الفضلاء : الدليل أحص من المدعى . فإن الشفع لا يلزم أن يكون في خطه آياته ، بل قد يكون

رواه البخاري وأبو داود (ولأن ملك الشفع متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) وهو ظاهر ، لأنه المفروض . وقوله تأييدا احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية . وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فإنه لا قرار له لوجوب التقض دفعا للفساد ، وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجمولة مهرا اعتبارا : أي إلحاقا بالدالة بمورد الشرع وهو مالا يقسم . ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لأنه في معناه (لأن الاتصال على هذه الصفة) يعني اتصال التأييد والقرار (إنما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار إذ الجوار مادة المضار) من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار وإعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بتملك الأصل) يعني الشفع (أولى لأن الضرر في حقه يلزم عاجه عن خطه آياته أقوى) فيلحق به دالة . وحاصله أن الأصل دافع والدخيل رافع والدفع

(قوله وقوله تأييد احتراز عن المنقول) أقول : ليس للمستعير ملك حتى يحتز عنه . ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الإجارة) أقول : فيه أنه ليس للمستأجر والمرتين ملك في رتبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنها ، ثم ليس فيها اتصال تأييد . إلا أن يقال : المراد الدار المجمولة أجرة . ثم أقول : واحتز هذا القيد أيضا عن الموروثة والموهوبة والموصى بها (قال المصنف : لأن الضرر في حقه يلزم عاجه عن خطه آياته أقوى) أقول : الدليل أحص من المدعى ، فإن الشفع لا يلزم أن يكون في خطه آياته ، بل قد يكون مالكا بالشر أو المبة (قوله والحاصل أن الأصل دافع والدخيل رافع) أقول : فيه أن الأصل رافع لملك المشتري وهو دافع .

وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره .

مالكا بالشراء أو الهبة اه . أقول : المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر في حقه يلزعه عن خطته الأصلية المقررة أقوى فيعم ماكان مالكا له بالشراء أو الهبة إلا أنه عبر عن أصالة خطته وتقررها بإضافها إلى آياته . بالغة في بيان أصالتها وتقررها ، وبناء على ما هو الأكثر وقوعا في العادة ، فأخصية الدليل المذكور بالنظر إلى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه(قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعي ، لأن مؤنة الضرر تلزمه في الأصل دون الفرع : يعني أن التعليل بذلك غير صحيح : لأن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه . كذا في الشروح . قال صاحب العناية بعد بيان ذلك : ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض اه . أقول : هذا غير بارد بل كاسد ، لأن كون الحديث الذي استدلل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسيو الغاء عن ذكر الجواب . فإن حكم التعارض هو التساقط إن لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين ، ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف في علم أصول الفقه . وعلى تقدير التساقط هاهنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاء . وذلك بخلاف بطلوبنا هاهنا لإزالة فلا بد من الجواب . إما ببيان الرجحان فيما رويناه أو ببيان المخلص على وفق قاعدة الأصول ، اللهم إلا أن يقال : يكفينا دليلنا العقلي عند تحقق حكم التعارض بين الأحاديث لكن فيه ما فيه . وقال صاحب العناية : وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ماعداه ، وبأن قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » مشترك للإلزام . لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالأمرين ، وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة اه . أقول : في كل من هذين الجوابين نظر . أما في الأول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلأن مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ماعداه ، بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضي قصر الشفعة على ما لم يقسم كما في قوله عليه الصلاة والسلام « الأئمة من قریش » وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ، ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفي ما عدا المذكور ، فالأولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة ، وهو أن الألف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه بالمبالغة ، كما يقال العالم في البلد فلان وإن كان

أسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لأن مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة ، فإنه لو لم يأخذ الشفع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرره فيه فكفه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه . وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ، ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض . وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » من باب تخصيص الشيء بالذكر ، وهو لا يدل على نفي ماعداه . وبأن قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » مشترك للإلزام لأنه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالأمرين . وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة ، وإنما نفي الشفعة في هذه الصورة لأنها موضع الإشكال ، لأن في القسمة

(قال المصنف : وضرر القسمة مشروع الخ) أقول : إذا حل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شيء ما يتوهم ورود (قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك) أقول : قوله هو راجع إلى الضرر (قوله لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالأمرين) أقول : الأصل في اللام إذا لم يكن ثمة معهود أن يعمل على الاستغراق كما بين في الأصول . وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضي إلى قوله : تجب الشفعة) أقول : لأعتبار المفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط . واجتماعها ممنوع هنا ، ولعل ذكر صرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج مخرج قاعدة فليتأمل (قوله وإنما نفي الشفعة في هذه الصورة) أقول : أي في صورة القسمة .

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفع » فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ،

فيه علماء ، وإذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب ، ونحن نقول : إن حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اهـ. وأما في الثاني فلأن حصول الإلزام للشافعي بقوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » على الوجه المذكور في الجواب المزبور ممنوع ، فإن الشافعي وإن قال بمفهوم المخالفة إلا أن له شرائط عنده : منها أن لا يخرج الكلام عنخرج العادة كما في قوله تعالى - وربائبكم اللاتي في حجوركم - على ما عرف في الأصول ، فله أن يقول فيما نحن فيه إن قوله وصرفت الطرق خرج عرج العادة يكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه إذا كان الطريق واحدا تجب الشفعة ، ولئن سلم حصول الإلزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال إنه مشترك الإلزام لأن فيه اعتراضا بكونه ملزما لئانا أيضا ، ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضا ملزما به ، وتلك المقدمة إنما يصار إليها في العلوم العقلية عند الضرورة . وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الإلزام في غير كلام صاحب العناية . فالأولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث . وهو قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ما أشير إليه في الكافي ، وذكر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث ، بل يجوز أن يكون من كلام الراوى فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صرح من الأحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ، ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رويناه : أى جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق ، وإنما قال هذا لأن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع ، فين النى صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها إزالة لذلك الوهم . وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية « إنما الشفعة فيما لم يقسم » وإنما لإثبات المذكور ونفى ما عده . وأجيب عنه بعبارة مختلفة . قال في الكافي والكفاية : وإنما قد تقتضى تأكيد المذكور لا نفي غير المذكور ، قال الله تعالى - إنما أنت منكم - اهـ . وقال في النهاية : وكلمة « إنما قد تجيء للإثبات بطريق الكمال ، كما يقال إنما العالم في البلد زيد : أى الكمال فيه . والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره ، وهاتنا كذلك فإن الشريك الذى لم يقاسم هو الشريك في البعثة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولا على إثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اهـ . وقال في البدائع : أما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم ، لأن كلمة « إنما لا تقتضى نفي غير المذكور ، قال الله تعالى - إنما أنا بشر مثلكم - وهذا لا يثبت أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم اهـ . أقول : فيما ذكر في البدائع خلل بين ، إذ قد تقرر في علم الأدب أنه يؤخر المقصور عليه في « إنما » ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصود في قوله تعالى - إنما أنا بشر مثلكم - مدلول أنا والمقصود عليه هو البشرية ، ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم « إنما لإثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه إذ يثبت ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصص عليه كما لا يخفى ، فقوله وهذا لا يثبت أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم لا يدل على أن لا تقتضى كلمة « إنما نفي غير المذكور الذى هو المقصور عليه ، لأن المقصور عليه في قوله تعالى - إنما أنا بشر مثلكم - إنما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام . والحاصل أن كلمة « إنما في الآية المذكورة لقصص المسند إليه على المسند دون العكس لا محالة . وقوله وهذا لا يثبت أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم يبقى على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا (قوله وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفع » فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان : فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع ، والخليط بمن كان

معنى المبادلة ، فرما يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة أولا ، فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها (والدليل على الثاني) أعني على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفع ») قال المصنف رحمه الله (فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية ،

ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء ، وبعده الاتصال في الحقيق لأنه شركة في مرافق الملك ، والرجيح يتحقق بقوة السبب ، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحا . قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقة) لما ذكرنا أنه مقدم . قال (فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق ، فإن سلم أخذها الجار) لما بينا من الترتيب ، والمراد بهذا الجار الملاصق ، وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى . وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقة لاشفعة لغيره سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به . ووجه الظاهر أن السبب يقرر في حق الكل ، إلا أن للشريك حق التقدم . فإذا سلم كان لمن يليه

شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اه . واقضى أثره الشارح العيني . أقول : إن كان مرادها مواخذة المصنف بتفسيره الزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب حين ، فإنه لما وقع في الحديث والشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط ، إذ لا معنى لكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه . ثم لما كانت مزية الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالأول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقة) أقول : لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الإيضاح والتأكيد بعد أن قال قبيلة الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار ، فإن ذلك كما أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد الترتيب أيضا كما صرح به صاحب الهداية ، كيف لا وكلمة ثم صريحة في إفادة التأخير ، وليس للتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب (قوله فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق ، فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب) أقول : تعليل هذه المسئلة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام ، لأن ما بينه من الترتيب لا يقتضي أن يستحق التأخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون التأخر محجوبا بالتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية . إذ حينئذ لا يستحق التأخر شيئا عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات ، وإنما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا . فإن لم يوجد الخليط في الرقة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب ، فإن لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لأن الترتيب يقتضي هذا المعنى لأعالة ، فالمتناسب أن يترك التعليل المذكور هاهنا أو يكتفى بما سيأتى من قوله ووجه الظاهر أن السبب يقرر في حق الكل الخ

وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولأن الاتصال) دليل عقل على الترتيب وهو ظاهر ، وكذا قوله (ولأن ضرر القسمة) يعنى قد ذكرنا أن دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق ، لكنه إن لم يصلح علة الاستحقاق صلح مرجحا . لأن الرجيح أبدا إنما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق . قال (وليس للشريك في الطريق والشرب الخ) إذا ثبت الترتيب ثبت أن التأخر ليس له حق إلا إذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية ، فإن سلم فالتأخر أن يأخذ بالشفعة لأن السبب قد تقرر في حق الكل ، إلا أن للشريك حق التقدم ، لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع ليتمكن الأخذ إذا سلم الشريك . فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك . وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا . فلا فرق إذ ذاك بين الأخذ والتسليم ، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار ، وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين ، عن أبي يوسف رحمه الله ، لأن اتصاله أقوى لأن المنزل من حقوق الدار ورافقه ، ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق

(قال المصنف : ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ) أقول : والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الأخ لأب ، ولا إذا سقط الأخ لأب وأم حكم مع تقرر السبب في حق الكل وهو الأخوة أن الميراث ملك اضطرابي لا يسقط بإسقاط العبد ، بخلاف حال الشفعة . وبالمسئلة إنا لانسلم أنهم محجوبون به ، بل له حق التقدم فقط فتأمل (قوله وفي بيت منها شركة) أقول : فرق بين البيت والمنزل

بمُزلة دين الصحة مع دين المرض ، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل ، وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لأن اتصاله أقوى والبقة واحدة . ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه ، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا . والشرب الخاص أن يكون نهر لا يتجرى فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهر يسقى منه قراحان أو ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام . وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فيبعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا ، وإن بيعت للعليا فلأهل السكيتين ، والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي . ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه . قال (ولا يكون الرجل بالجنوع على الحائط شفع شركه ولكنه شفع جوار) لأن العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجنوع لا يصير شريكا في الدار إلا أنه جار ملازق . قال (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا . قال (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك) وقال الشافعي : هي على

(قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) قال في العناية أخذنا من النهاية : مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه . أقول : في هذا التمثيل قصور ، لأن المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت ، وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب ، وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتتمثل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ، ولا ضرورة تدعو إليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقة واحدة) يعني بقعة الدار المبيعة واحدة ، فإذا صار الشفع أحق ببعضها كنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها . قال صاحب العناية : في شرح قوله والبقة واحدة : أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع

هو لما والبقة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد ، فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع .^١ والرواية الأخرى أنه والجار سواء في بقية الدار ، ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة ، وفسر الخاص بما اختاره من بين التفسير المذكورة له . والقرواح من الأرض : كل قطعة على حياها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر . وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحاله على ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور ، وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان ، فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا ، وقد تقدم صورة ذلك ، ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه) يعني قوله وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة ، الخ ، فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق : يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لأهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى ، وذكر مسألة صاحب الجنوع وهي واضحة . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار . قال (وإذا اجتمع الشفعاء الخ)

على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيع ، ويجوز أن يقال : المراد البيت مع توابعه (قوله أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول : الأول أن يقول : الموضع الذي يمتد مشترك بينهما ، وإلا فآخر كلامه يخالف ظاهر أوله (قوله فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع) أقول : هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلا ، كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت إلى الطريق العام ، وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر ، فإذا بيعت الدار فالنيل له شركة فإلبيت مقدم حل من له شركة في الطريق ، مع أن هذا الدليل ينتظمها ، والأمر فيه سهل كما لا يخفى ، إذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار ، (٤٨ - تكملة فتح القدير حن - ٩)

مقادير الأنصاء لأن الشفعة من مرافق الملك ؛ ألا يرى أنها لتكامل منفعتها فأشبهه بالربح والغلة والولد والثمرة . ولنا أنهم استنوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستون في الاستحقاق ؛ ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة ، وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والرجح بقوة الدليل لا بكثرته ، ولا قوة هاهنا لظهور الأخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه . بخلاف الثمرة وأشباهاها . ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقي في الكل على عددهم ، لأن الانتقاص للمزاحة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ، ولو كان البضغ غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب . وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ، ولو حضر ثالث فيثلث ما في ذلك واحد تحقيقا للتسوية ، فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف ، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر

وذلك في حكم شيء واحد ، فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اه . أقول : فيه خلل ، لأن الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مثلثنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ، ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفع جمع الدار . وإنما المؤثر فيه وحلة مجموع الدار وهي لا تنزيم من تفسير الشارح المربور . وأيضا قوله فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع إنما يطابق وحلة مجموع الدار المبيعة لأوحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع . فكان بين أول كلامه

إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رموسهم خلافا للشافعي رحمه الله ، فإذا كان الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها ولآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكهما لأن الشفعة من مرافق الملك لأنها لتكامل منفعتها ، وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة . ولنا أنهم تساوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ؛ ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب ، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى فيه لأحالة لثبث الحكم بقدر دليله . فإن قيل : الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالا فأتى بتساويان ؟ أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة . لأن الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع ، والرجح إنما يكون بقوة الدليل لا بكثرته . ولا قوة هاهنا لظهور الأخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ، ولو كان مرجوحا لما استحق شيئا لأن المرجوح يتدفع في مقابلة الرجح . وعروض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الانفرد يستحق الجميع ، وإذا انضم إليه صاحب الكثير يتفاوتان . كالأبن فإنه يستحق جميع التركة عند انفردائه والثلثين مع البنت . وأجيب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقا تستلزم ذلك ، أو التي لم تجتمع من عنتين مستقلتين ، والأول ممنوع والثاني مسلم ، ولكن ما نحن فيه من عنتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والإلزام للرجح بكثرة العلة وليس بصحيح . ألا ترى أن الشاهدين والأربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ، ومثله الميراث ليست بما نحن فيه ، إذ لم يجتمع في الابن عنتان إن ضمنت إحداهما إلى الأخرى فاستلزمت الزيادة ، وإنما ذلك باعتبار تفاوت في حصوبته يجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان . وقوله (وتملك ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك : يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالآب فإن له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه (قوله ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه ، فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده ، فإن كان قبله فالشفعة للباقي في الكل على عددهم دون أنصباهم كما تقدم ، لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم ، والانتقاص كان للمزاحة وقد انقطعت بالتسليم

وهو حاصل بهذا الدليل (قوله وعروض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد الخ) أقول : وهاهنا أيضا كذلك ، فإنه عند الاجتماع لا يستحق الجميع (قوله يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالآب الخ) أقول : فيه بحث .

يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء . قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لا أنه هو السبب ، لأن سببها الاتصال على ما بيناه ،

وأخره تنافر لا يفتي (قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده) أقول : كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية ، فإن مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية ، فالأظهر أن تكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة ، فإنه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الأدب ، والمعنى المقصود هاهنا يحصل به أيضا بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن التأمل . فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لا أنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح ، أو في قوله لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية . قال صاحب العناية : وهذا قول عامة المشايخ ، لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة ، والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفع ، ولهذا قلنا بنبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك اه . أقول : في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفع مناقشة ، لأنهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضا لدفع ذلك الضرر . وليس كذلك قطعاً ، وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلة اتصال ملك البائع بملك الشفع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضا فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل . ثم قال صاحب العناية : ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لحاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ؛ ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح . وأجب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله . ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل . والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه ، وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط ضروري ، سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب . فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب باطل كما قالوا لزم

ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحاضرين على عدمه لأن الغائب لعله لا يطلب ؛ يعني قد يطلب وقد لا يطلب ، فلا يترك حق الحاضرين بالشك ، وإن قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضى له بالنصف ، فإن حضر ثالث فثبت ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية . وإن كان بعد القضاء له فليس للآخر أن يأخذ إلا النصف لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه ، والمقضى عليه في قضية لا يصير مقضيا له فيها ، ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار ، وكذا لو سلم : أي أصر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادماً إلا النصف وهو مشكلة الكتاب ، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف ، بخلاف ما قبل القضاء . قال (والشفعة تجب بعقد البيع) وهو يوم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لأن سببها الاتصال على ما بيناه) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ، وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل لسوء المعاملة والمعاشرة ، والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفع ، ولهذا قلنا بنبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك . ورد بأنه لو كان السبب لحاز تسليمها قبل المبيع لوجوده بعد السبب ؛ ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح . وأجب بأن المبيع شرط ولا وجود للمشروط قبله . ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل . والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه ، وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد

(قوله لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل ، إلى قوله : والضرر إنما يتحقق بالبيع) أقول : فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه ، وإنما هو في شرط الجواز) أقول : قوله هو راجع إلى كلام .

والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبائع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفع إن إذا أقرّ البائع بالبائع وإن كان المشتري يكذبه . قال (وتستقرّ بالإشهاد ، ولا بد من طلب الموائبة) لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض ، فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه .

أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلمز أن لا يكون الواجب متأديا بأداء الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله ، وكذا الحال في إسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصرح به في موضعه خلاف ذلك . ثم أقول : يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب في قوله إن ذلك شرط الوجوب هو وجوب الأداء دون نفس الوجوب ، فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب التام ، وحولان الحول إنما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به في كتاب الزكاة ، وكذا حلول الأجل في الديون المؤجلة إنما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها ، واللازم أن لا يتحقق وجوب الأداء قبل الحول وقبل حلول الأجل ، ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلول الحول وبأداء الدين قبل حلول الأجل ، والمصرح به في موضعه إنما هو تأدى الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبائع يعرفها) أى يعرف رغبة البائع عن ملك الدار ، وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال : والوجه فيه : أى في هذا التأويل . وتبعه العيني . أقول : لا يذهب على ذى فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذى ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لا أنه هو السبب في جريان هذا الوجه : إذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدورى أن البيع هو السبب كما لا يفتى على القطن ، فلا حاجة إلى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل يرجع ضمير فيه إليه ، بل لا وجه له عند التحقيق لأن المصنف علل تأويله المذكور بقوله لأن سببها الاتصال على ما بيناه . فما معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك؟ فالجواب أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ، ومن عادة المصنف أنه إذا كان في عبارة المسئلة عقدة يخلها ثم يذكر دليل المسئلة وهاهنا أيضا فعل ذلك (قوله ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفع إذا أقرّ البائع بالبائع وإن كان المشتري يكذبه) أقول : فيه تأمل . إذ قد تقرر فيها مرّ أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا . إنما هي دفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة . والظاهر أن ذلك الضرر إنما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لأنه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري . لأن البائع أصيل كالشفيع . فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر . قال في العناية : ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة . وأجيب بأن في ذلك ترددا لبقاء الخيار للبائع ، بخلاف الإقرار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما

(قوله والوجه فيه) أى في هذا التأويل (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه ، وله دليل ظاهر وهو البيع في مقام مقامه . والحاصل أن الاتصال بالملك سبب ، والرغبة عن الملك شرط ، والبيع دليل على ذلك قائم مقامه ، بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفع بإقرار البائع به صح له أن يأخذ . وإن كذبه المشتري . ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة . وأجيب بأن في ذلك ترددا لبقاء الخيار للبائع . بخلاف الخيار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه ، والمجة لاتدل على ذلك إذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية . قال (وتستقرّ بالإشهاد) للشفعة أحوال استحقاق . وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالإشهاد وهو يعتمد الطلب ، ولا بد من طلب الموائبة : أى من طلب الشفعة على المسارعة قضى في الطلب إلى الموائبة لتبسيه بها لأنه : أى الشفعة ذكر الضمير نظرا إلى حق يبطل بالإعراض . قال عليه الصلاة والسلام « الشفعة كحل العقال . إن قيدها ثبت » وهو كناية عن سرعة السقوط . وكل ما هو كذلك لابد من دليل يدل على أنه أعرض

(قوله إذ عرض الواهب المكافأة) أقول : فيه شيء فإنه لا يتشبه ذلك في المبة لقريب الحرم ، وفي أخذ الواهب الدوس .

ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد . قال (وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع والمبة . وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفع بعد التلبيين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار يجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم لانورث عنه في الصورة الأولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له . ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه إن شاء الله تعالى ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

زعمه ، والمبة لا تتدل على ذلك لأن غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى . أقول : في الجواب عن النقض بصورة المبة بحث ، لأنه إن كان مدار ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلا ، فإن كون غرضه المكافأة لا ينافي رغبته عن ملكه ، ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافي رغبته عن البيع بل يدل عليها كما ذكرنا وإن كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقض بالمبة التي لا يصح الرجوع فيها ، كما إذا وهب لقريبه المحرم أو لزوجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد ، إذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع . فإن في هذه الصور لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كاتقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيها فبقي النقض بها (قوله ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد) أقول : فيه شيء وهو أن احتياجه إلى إثبات طلبه عند القاضي إنما هو إذا أنكر المشتري طلبه . وأما إذا لم ينكره فلا احتياج إلى ذلك ، فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي أن لا تبطل الشفعة بترك الإشهاد فيما إذا لم ينكر الخصم طلبه ، مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا . فإذا قلت : وقت الإشهاد مقدم على وقت الخصومة ، ففي وقت الإشهاد إنكار الخصم طلبه وعدم إنكاره إياه غير معلوم . فإن ترك الإشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه ، بل يحتمل إعراضه عنه فلهاذا تبطل الشفعة بترك الإشهاد مطلقا . قلت : هذا مشير إلى التعليل الأول ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا هاهنا كما يقتضيه قول المصنف ولأنه يحتاج إليه إلى آخره (قوله وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم) أقول : في عبارة الكتاب هاهنا قصور من وجهين : أحدهما أن قوله أو حكم بها حاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الأخذ فكان الأخذ معتبرا في التسليم فلزم أن يكون معتبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف ، إذ قد تقرر في علم الأدب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله ، مع أن الملك ثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها حاكم : فإنه يثبت الملك بحكمه وإن لم يأخذ الدار . وقال في شرح الكنز للزيلعي : أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين : إما بالأخذ إذا سلمها المشتري برضاه ، أو بحكم الحاكم من غير أخذ . وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملك بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي . قوله بقضاء القاضي عطف على الأخذ لاعلى التراضي ، لأن القاضي إذا حكم بثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى . وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال : وهو أي التملك إنما يكون بالأخذ ، إما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي ، فإنه

عنه أو دام عليه . والإشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما ، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ، ولا يمكنه إلا بالإشهاد . وتملك . وهو إنما يكون بالأخذ إما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي ، ودليله المذكور ظاهر . وقوله (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد التلبيين إلى وقت أخذ الدار بأحد الأمرين المذكورين . وقوله (يعني في الصورة الأولى) إذا مات الشفع لأنه لم يملكها فلا تورث عنه . وقوله (في الثانية) يعني إذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم . وقوله (في الثالثة) يعني إذا بيعت دار يجنب الدار المشفوعة لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها . وقوله (ثم قوله تجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله ، والله أعلم .

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

قال (وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطالب على ثلاثة أوجه : طلب الموائمة وهو أن يطلبها كما علم ، حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا : ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ، ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته وعلى هذا عامة المشايخ ، وهو رواية عن محمد . وعنه أن له مجلس العلم ، والروايتان في النواذر . وبالثانية أخذ الكرخي ، لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة . ولو قال بعد ما بلغه

صريح في اعتبار الأخذ في قضاء القاضي أيضا . وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائما . فإن المصنف صرح فيها مرآة بأنها يكتفى بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه . ففي هذه الصورة إنما يسلمها البائع دون المشتري فكان الأحق بالمقام أن يقال إذا سلمها الخصم بدل قوله إذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيها بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم تبصر .

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه ، كذا في عامة الشروح . أقول : هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة . ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منها وهو قوله والخصومة فيها ، ولعل وجهه أنه لما كان الخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها أيضا أصالة (قوله اعلم أن الطالب على ثلاثة أوجه : طلب الموائمة وهو أن يطلبها كما علم ، حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفيعته لما ذكرنا) قال الشراح : قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضعيف يطل بالإعراض فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه . أقول : فلقاتل أن يقول : ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب الموائمة يدل أيضا على لزوم الإشهاد فيه حيث قال : فلا بد من الإشهاد والطلب . وسيأتي التصريح منه بأن الإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد . والجواب أن المراد بالإشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب الموائمة يرشد إليه تقديم الإشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الإشهاد والطلب ، إذ لو كان المراد بالإشهاد هناك هو الإشهاد على طلب الموائمة لكان ذكر الطلب بعده لغوا ، إذ لا يتصور الإشهاد على طلب الموائمة بدون تحقق نفس ذلك الطلب . ويدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالإشهاد إذ الشفعة لا تستقر إلا بعد طلب التقرير والإشهاد على مقتضى ما سيأتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لمن واثبها ») أقول : في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع إشكال ،

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه . قال (وإذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ تنبه عليها (طلب الموائمة) مسمى بها تبركا بلفظ الحديث « الشفعة لمن واثبها » أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كما علم) أي من غير توقف . سواء كان عنده إنسان أو لم يكن . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله قبل

(باب طلب الشفعة)

(قال المصنف : لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة) أقول : بتحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببطل ، ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في مجلسه ، فهذا مثله ، كذا في شرح الكاكي ، ولتفارق ظاهر ،

البيع - الحمد لله - أو لاجل ولا قوة إلا بالله » أو قال « سبحان الله » لا تبطل شفاعته. لأن الأول حد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد إضراره، والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض، وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بشئ دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائمة، والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو لنفي التجاحد والتقيد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي. ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال: طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها، لأن الاعتبار للمعنى. وإذا بلغ الشفع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى

لأنه إن كان مداره على نفي الشفعة عن لم يوائبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بفهم المخالفة فكيف يكون حجة لنا؟ وإن كان مداره على أن لا يخلص في الشفعة ولا من الاختصاص في لمن وائبا تدلان على اختصاص الشفعة بمن وائبا، كما قالوا في الحمد لله - أن لا يخلص والاختصاص دلنا على اختصاص الحمد بالله تعالى، فإرد علينا النقص بقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة لشريك لم يقاسم » كما ذكر في صدر هذا الكتاب، إذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضا على نفي الشفعة عن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائمة والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد) قال صاحب النهاية: وذلك لأن طلب الموائمة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجزء هذا الدخيل والإشهاد ليس بشرط فيه اهـ واقتضى أثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال: وتحقيقه أن طلب الموائمة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والإشهاد في ذلك ليس بشرط اهـ. أقول: لقاتل أن يقول: طلب التقرير والإشهاد أيضا ليس لإثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، وإنما الذي لإثبات الحق طلب الخصومة مع أن الإشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والإشهاد فيها بعد، فكان ذلك الوجه الذي ذكره الشارحان الزبوران لعدم لزوم الإشهاد في طلب التقرير كما ترى. فإن قلت: لزوم الإشهاد في طلب التقرير لأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد كما ذكره المصنف في قبل الباب، وسيأتي ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والإشهاد في هذا الباب. قلت: ذلك إنما يكون وجهاً للزوم الإشهاد في طلب التقرير، وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان الزبوران لعدم لزوم الإشهاد في طلب الموائمة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه، وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضا كلاما، لأنه إن أريد أنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع، وإن أريد أنه يحتاج إلى إثباته عند التجاحد فكذلك الحال في طلب الموائمة أيضا. ثم أقول: يمكن أن يمنع لزوم الإشهاد في طلب التقرير أيضا بناء على ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: وإنما سمى الثاني طلب الإشهاد لأن الإشهاد شرط بل يمكنه إثبات الطلب عند جود الخصم اهـ، فإنه يدل على أن الإشهاد في طلب التقرير أيضا ليس بلازم، بل إنما هو لنفي التجاحد كما في طلب الموائمة، وبناء على ما ذكره

الباب لأنه حق ضعيف. وقوله (والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد) يعني ربما يحدد الخصم فيحتاج إلى الشهود. وتحقيقه أن طلب الموائمة ليس لإثبات الحق وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، والإشهاد في ذلك ليس بشرط. وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري: لو قيل لقروى بيع أرض ينجب أرضك فقيل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا، ومن الناس من قال: إذا قال الشفع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفاعته لأن كلامه وقع كدبا في الابتداء فكان كالسكوت. والصحيح أنه لا يبطل لأنه إنشاء عرفا. ومنهم من قال: لو قال أطلب وأخذ بطل لأنه علة

فإن الشفع لا يملكه بطلب الموائمة فقط، بل بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي، فله بعد طلب الموائمة زمان التأمل، بخلاف المشتري عند إعجاب البائع والمغيرة (قال المصنف: لأن الاعتبار للمعنى) أقول: والمعنى المراد من الأول إنشاء الطلب لا الجبر منه ليكون كلبا،

يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة ، وقالا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً صيباً كان أو امرأة إذا كان الخبر حقا . وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم ، وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده ، لأنه ليس فيه إلزام حكم . وبخلاف ما إذا أخبره المشتري لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم . والثاني طلب التقرير والإشهاد ، لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا ، ولا يمكنه الإشهاد ظاهرا على طلب الموائبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير ويأبى ما قال في الكتاب (ثم ينهض منه) يعني من المجلس (ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده) معناه لم يسلم إلى المشتري (أو على المبتاع أو عند العقار : فإذا فعل ذلك استقرت شفعته) وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه ، لأن للأول اليد وللثاني الملك . وكلما يصح الإشهاد عند المبيع لأن الحق متعلق به ، فإن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما : إذ لا يده ولا ملك

صاحب البدائع حيث قال : وأما الإشهاد على ظاهر الطلب فليس بشرط ، وإنما هو لتوقفه على تقدير الإنكار كما في الطلب الأول اه . فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى (قوله وقالا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً صيباً أو امرأة إذا كان الخبر حقا) أقول : في التقييد بقوله إذا كان الخبر حقا ضرب إشكال ، لأن الكلام فيما إذا بلغ الشفعيع بيع الدار بالإخبار ، وفي ذلك إنما يحصل له العلم بكون الخبر حقا لسبب الوثوق بإخبار غيره ، والظاهر أن مدار الوثوق بإخبار غيره فيما إذا كان طريق العلم منحصرا في الإخبار هو حال المخبر كعدالته وتعدده مما يورث الوثوق بإخباره ، ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله ، وإذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فاما معنى تعليق وجوب الإشهاد على الشفعيع إذا أخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى إخبار الواحد . فإن أفاد مثل ذلك الإخبار العلم بتعين كونه حقا ، وإن لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا ، وعلى كل حال لا يرى للتعلق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر .

محض ، والمختار ما ذكره المصنف . وقوله (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) إشارة إلى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواثيق وهو من فصول كتاب أدب القاضي ، وأراد بأخواته المولى إذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إليها . وقوله (بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده) أي عند أبي حنيفة : يعني أن المرأة إذا أخبرت بأن زوجها خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر أو غيره . فإن اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق ، وإلا فلا ما ذكر أنه ليس فيه إلزام حكم حتى يشترط فيه أحد شرطى الشهادة . وقوله (أو على المبتاع) يعني المشتري (أو عند العقار) قال شيخ الإسلام : الشفعيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب الموائبة إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب الموائبة بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدال . أما إذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكتفيه ويقوم مقام الطلبين . فإن ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا . لأن نواحي مصر جعلت كتاجعة واحدة ، ولو كان أحدهم في مصر والآخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصر فترك الأقرب إلى الأبعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقطرة بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء ، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته .

وكذا الثاني ، وليس يبدى على ما زعموا (قال المصنف : ويشهد على البائع الخ) أقول : قال الإقناع : وينبغي أن ينعى إلى أقربهم ، حتى لو ترك الأقرب ونعى إلى الأبعد وأشهد على الطلب يبطل حقه قاطبا إذا كانوا على طريق واحد ، فأما إذا كانت الطرق مختلفة في اللعب إليهم لا يبطل حقه باللعب إلى الأبعد ، لأنه ربما يكون به عنق طريق لا يكون ذلك في طريق آخر ، كذا في شرح الكفاية اه . ثم نقل من الفتاوى السنرى أن الشفعيع إذا ترك الأقرب وطلب عند الأبعد فإن كان الشفعيع أو الأبعد خارج المصر تبطل الشفعة ، وإن كان كليهما في المصر لا تبطل استحسانا اه .

فصار كالأجنبي : وصورة هذا الطلب أن يقول : إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحييده ، لأن المطالبة لاتصح إلا في معلوم . والثالث طلب الخصومة والتكليف ، وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى . قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف . وقال محمد : إن تركها شهرا بعد الإشهاد بطلت) وهو قول زفر ، معناه : إذا تركها من غير عذر . وعن أبي يوسف أنه إذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته ، لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على إعراضه وتسليمه . وجه قول محمد أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا ينضرر به المشتري لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقد رنا به شهر لأنه أجل وما دونه عاجل على مامر في الأيمان . ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق ، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائبا ، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ، ولو علم أنه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذرا . قال (وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه ، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به ولا يكلفه بإقامة البيئة) لأن اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لإثبات الاستحقاق . قال رحمه الله : يسأل القاضي المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها : لأنه ادعى حقا فيها فصار

ثم اعلم أنه مما يجب التنبيه له أن المراد بالإشهاد هاهنا نفس طلب الموائبة لا الإشهاد على ذلك الطلب ، ولا يلزم أن يكون قوله هاهنا يجب عليه أن يشهد مناقضا لقوله فيما مرّ والإشهاد فيه ليس بلازم ، وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والإشهاد فيه ليس بلازم حيث قال : هذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد ، لأن المراد من الأول الإشهاد على الطلب ، ومن الثاني طلب الموائبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اهـ . وسيأتي نظير هذا في الكتاب في أول باب ما يطالب به الشفعة ، فإنه لما قال هناك وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حل عامة الشراح الإشهاد المذكور هناك على نفس طلب الموائبة لثلاث يخالف ما ذكره المصنف من قبل . وذكر في الذخيرة وغيرها أيضا من أن الإشهاد في طلب الموائبة ليس بلازم ، وإنما هو لنفي التجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول : إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول : في هذا التصوير نوع تقصير ، لأنه إنما يتمشى فيما إذا كان الإشهاد عند الدار . فإن الإشارة بهذه الدار إنما تتصور في هذه الصورة ، والمذكور فيما قبل مجموع الأقسام الثلاثة للإشهاد : أعني الإشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار ، اللهم إلا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون إحاطة الأقسام ، لكنه لا يبلغ التقصير حقيقة . فالأولى الجامع للأقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال : وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول : إن

وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة ، وإنما قال معناه إذا تركها من غير عذر لأنهم أجمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وإن طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد : يعني أن الشفيع إذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر ، فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر . نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع إذا كان غائبا فعلم بالشراء فإنه ينبغي أن يطلب طلب الموائبة ، ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الإشهاد ، فإذا مضى ذلك الأجل وهو قدر المسير إلى أحد هذه الأشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له . قال (وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي الخ) هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد

كما إذا ادعى رقبته ، وإذا بين ذلك بسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها ، فإن قال : أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن ثم دعواه على ما قاله الخصاف . وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضا . وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد . قال (فإن عجز عن البيئة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به) معناه يطلب الشفع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه . ثم هو استحلاف على ما في يده فيحلف على العلم (فإن نكل أو قامت للشفيع بيئة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي) يعنى المدعى عليه (هل ابتاع أم لا . فإن أنكر الابتاع قيل للشفيع أقم البيئة) لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة . قال (فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذا الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل : والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه

فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا ، وقد كنت طلبت الشفعة وأنا أطلبها الآن أيضا فاشهدوا بذلك . أو يحضر المشتري ويقول : هذا مشتر من فلان دارا التي حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار إلى آخر ما ذكرنا . أو يحضر البائع ويقول : هذا باع من فلان دارا التي حدودها كذا إلى آخر ما ذكرنا اهـ (قوله وإذا بين ذلك بسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها ، فإن قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها ثم دعواه) قال صاحب العناية : قيل لو يتم بعد . بل لا بد أن يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع أو لا . لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ، ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أو لا . فإن عند أبي يوسف ومحمد وجههما الله إذا تطلوات . فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى . وقال : وهذا لا يلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطان بالتأخير . ثم قال : وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد . فإذا قال طلبت حين علمت إذ أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار

وكلامه ظاهر (قوله لاختلاف أسبابها) لأنها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أو لا ، وربما ظن ما ليس بسبب كالجوار المقابل سببا فإنه سبب عند شريح إذا كان أقرب بابا فلا بد من البيان . وقوله (ثم دعواه) قيل لم يتم بعد ، بل لا بد أن يسأله فيقول : هل قبض المشتري المبيع أولا ، لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له : متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أولا ، فإن عند أبي يوسف ومحمد إذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى ، وهذا لا يلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطان بالتأخير . وقيل سأله ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد ، فإذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار ، فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب يحضرته هل كان أقرب إليه من غيره ، فإن قال نعم صح دعواه ، ثم يقبل على المدعى عليه ، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البيئة لأن اليد ظاهرا يحتمل أن تكون يد ملك وإجارة وعارية ، والمجمل لا يكتفى لإثبات الاستحقاق ، فإن أقام فقد نور دعواه ، وإن عجز استحلف المشتري بطلب الشفع أنه لا يعلم أن الشفع مالك للذي ذكره مما يشفع به لأنه ادعى عليه أمرا لو أقر به لزمه . فإذا أنكره لزمه الممين على العلم لكونه استحلفا على ما في يد غيره ، فإن نكل ثبت دعوى الشفع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا ، فإن أقر فذاك ، وإن أنكر قيل للشفيع أقم البيئة . (وإن عجز عنها استحلف المشتري على أنه ما اشتراه أو ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكر فهذا على الحاصل والأول على السبب . وذكرنا لاختلاف فيه)

(قوله وعليه الفتوى) أقول : الفتوى على قول محمد فإنه إذا طالت المدة لا يلتفت القاضي إلى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف) أقول : أقول : أشار إلى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ (قوله لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطان بالتأخير) أقول : لأجل قولهما حتى يلزم السؤال من زمان الإخبار (قوله سأله عن طلب الإشهاد) أقول : الظاهر أن يقال عن طلب الموائمة .

في الدعوى . وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله ، وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة . وفي مثله يخاف على البتات . قال (وتجاوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي . فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الأصل . وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن . وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري . وجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه ، فكذا لا يشترط إحضاره (وإذا قضى له بالدار فلمشتري أن يحبس حتى يستوفى الثمن) وبغض القضاء عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه ، فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي . قال (وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد له وهي يد مستحقة) ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهادته ويقضى بالشفعة

فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب يحضرته هل كان أقرب إليه من غيره . فإن قال نعم فقد صحح دعواه . أقول : القائل صاحب النهاية أخذنا من النخيرة . وتبعه بعض آخر من الشراح ، وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وأفسد ، فإن عبارتهم كانت هكذا . ثم إذا سأله عن طلب الموائبة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخرت من غير لبث سأله عن طلب الإشهاد هل طلب الإشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير ، فإن قال نعم سأله إن الذي طلبت يحضرته هل كان أقرب إليه من غيره ، فإن قال نعم تبين أن الإشهاد قد صح ، ثم إذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صحح دعواه . إلى هنا عبارتهم . وهذه العبارة هي المطابقة لما في النخيرة ، وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لأنه عبر عن طلب الموائبة بطلب الإشهاد حيث قال : وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ، ولا يذهب عليك أن إطلاق طلب الإشهاد على طلب الموائبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا ، يظهر ذلك مما أحطت به خبرا في أقسام الطلب . وأيضا قد قيل فيها قبل سأله متى أخرت

يريد ما ذكره في فصل كيفية العين والاستحلاف من كتاب الدعوى . قال (وتجاوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجاوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي ، فإذا قضى القاضي بها لزمه إحضار الثمن . قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الأصل) ولم يقل هذا رواية الأصل لأنه لم يصرح في الأصل هكذا ، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضى بالشفعة من غير إحضار الثمن لأنه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن منه أو من ورثته إن مات (وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة : لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بإبطال ملك المشتري . وإنما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع ، فأما المشتري هاهنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن إليه بل الشفيع يملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه ، وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ، ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا ماطل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ، ولهذا لا يشترط تسليمه ، وما ليس بثابت عليه لا يشترط إحضاره) فلا بد من القضاء بها لينكسر المشتري من المطالبة (وإذا قضى له بالدار فلمشتري أن يحبس حتى يستوفى الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه ، فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي . قال : وإن أحضر الشفيع البائع الخ) وإن أحضر الشفيع البائع إلى الحاكم والمبيع في يده ، فله أن يخاصمه في الشفعة . لأن اليد له وهي يد مستحقة : أي معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفى الثمن ، ولو هلك في يده هلك من ماله . وإنما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ، ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه .

على البائع ويجعل المهدة عليه، لأن الملك للمشتري واليد للبائع ، والقاضي يقضى بهما للشفيع فلا بد من حضورهما ، بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبيا إذ لا يبق له يد ولا ملك . وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى وهى أن البيع فى حق المشتري إذا كان يفسخ لابد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ، ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ فى حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ ، إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لأن الشفعة بناء عليه . ولكنه تتحول الصفقة إليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهد على البائع . بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده

بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء ، وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل ، فعل تقدير أن يقال هاهنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد ومراده طلب الواثبة بصير المعنى : ثم بعد السؤال عن طلب الواثبة سأله عن طلب الواثبة . لأن سؤاله قبله وكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب الواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب الواثبة . بخلاف ما إذا قيل ثم إذا سأله عن طلب الواثبة سأله عن طلب الإشهاد كما وقع فى عبارتهم . فإنه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين . أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر ، وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب الواثبة فإن الكلام إذ ذاك ملق

إلأن الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضره ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل المهدة عليه . وهذه جملة قضايا كما ترى ، أما كونه خصما فقد بيناه ، وأما كون المشتري لابد من حضوره مع البائع لسام البينة فلعلتين اشترك فى إحداهما مع البائع وتفرد بالأخرى . وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله (لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضى بهما للشفيع) عليهما ، ولا بد من حضور القاضي عليه للقضاء (بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت) فإن حضور البائع إذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد . وأما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع فى حق المشتري إذا كان يفسخ لابد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه) ولما كان فسخ البيع يومه العود على موضعه بالنقض فى المسئلة لأن نقض البيع إنما هو لأجل الشفعة ونقضه يضى إلى انتفاها لكونها مبدية على البيع بين وجه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ فى حق الإضافة) لأن قبض المشتري مع ثبوت حق الأخذ للشفيع بالشفعة بمنع : وإذا كان ممنعا فأت الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالبيع فيحتاج إلى الفسخ ، لأن الأسباب شرعت لأحكامها لا للأنها ، لكنه يبقى أصل البيع : أعنى الصادر من البائع وهو قوله بعث مجردا عن إضافته إلى ضمير المشتري لتعذر انفساخه . فإنه لو انفسخ عاد إلى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فيتحيز لبقائه بتحويل الصفقة إلى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع) وهذا لأن الشفعة ثابتة فى الشرع البتة وثبوته مع بقاء العقد كما كان متعلنا لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضرورتها . وهى تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تتعدى إلى غيره ، وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار . وقال بعضهم : تنتقل الدار من المشتري إلى الشفيع بعقد جديد . قالوا : لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآه . لكن له ذلك كما سيأتى . ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب والمشتري اشترها على أن البائع براء من كل عيب بها لكن له ذلك . والجواب أن العقد يقضى سلامة المعقود عليه من العيب ، وإنما يعتبر فى حق المشتري بعارض لم يوجد فى الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة إلى الشفيع موجبة للسلامة نظرا إلى الأصل (قوله فلهذا) أى فلتتحول الصفقة إليه (يرجع بالعهد على البائع) لأنه تابع كما كان ، ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما إذا قبضه المشتري)

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول : كاللوكل إذا تملك المشتري من الوكيل بتحول الصفقة فإنه لا يثبت له خيار الرؤية إذا لم يثبت توكيله (قوله بتحول الصفقة إلى الشفيع) أقول : وأما مسئلة الوكيل فإن الموكل أقام الوكيل أقام نفسه ورضى بما فعل فكان سقوط

حيث تكون العهدة عليه لأنه ملكه بالقبض . وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ ، وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى . قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفع) لأنه هو العاقد ، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه . قال (إلا أن يسلمها إلى الموكل) لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل ، وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري فنصير الخصومة معه ، إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم ، وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب فالشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده لأنه عاقد وكذا إذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا . قال (وإذا قضى القاضى للشفع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية ، وإن وجد بها عيبا فله أن يردّها وإن كان المشتري شرط البراءة منه) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء؛ ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء . ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برويته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه .

في صورة الشرطية فتقدمها . وهو قولهم إذا سأله عن طلب الموائبة إشارة إلى ماذكروا فيها قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل ففهم (قوله ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفع) لأنه هو العاقد . والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه (أقول : هذا التعليق يجري بعينه فيما إذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغي أن يزداد عليه قيد فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والأخذ بالشفعة من حقوق العقد ، وله يد في الدار ، وكان المصنف إنما ترك ذكر ذلك القيد اعتيادا على ان فهمه من تعليق صورة التسليم .

فأخذه الشفع من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض . قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم الخ) المشتري إذا كان وكلا ، فلما أن سلم المبيع إلى موكله قبل الخصومة أولا ، فإن كان الثاني فهو الخصم للشفع (لأنه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والأخذ بالشفعة من حقوقه) وإن كان الأول فالموكل هو الخصم (لأنه لم يبق للوكيل يد ولا ملك) وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل لأنه يجري بينهما مبادلة حكيمية على ما عرف ، فتسليمه إلى الموكل كتسليم البائع إلى المشتري ، ولو سلم إلى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل . فإن قيل : لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطاً في الخصومة في الشفعة إذا كانت الدار في يد الوكيل ، كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم . أجاب المصنف بقوله (إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائبا عنه (فيكتفى بحضوره) والبائع ثمة ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفى بحضوره (قوله وكذا إذا كان البائع وكلا) ظاهر . وقوله (وكذا إذا كان البائع وصيا) يعني يكون الخصم للشفع هو الوصي إذا كانت الورثة صغارا . وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احترازا عما لا يتناهن الناس بمثله ، فإن بيعه به لا يجوز . وقيل المراد به كون الورثة صغارا . فإن الوصي يبيع التركة ، أما إذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لأنهم متمكنون من النظر لأنفسهم . وقوله (وإذا قضى القاضى للشفع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه أيضا .

الخيار من الموكل ضررا مرضيا بتوكيله فلم يكن له الرد ، بخلاف الشفع (قوله أما إذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول : إذا لم يكن على الميت دين .

(فضل في الاختلاف)

قال (وإن اختلف الشفع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لأن الشفع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو يتكر والقول قول المنكر مع يمينه . ولا يتحالفان لأن الشفع إن كان يدعى عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعى عليه شيئا لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص هاهنا . فلا يتحالفان .

(فصل في الاختلاف)

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما ، وقدم الأول لأن الأصل هو الاتفاق (قوله ولا نص هاهنا فلا يتحالفان) قال صاحب التباية في شرح هذا المقام : إنما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك فوجب التمين لذلك في الطرفين ، ولم يوجد الإنكار هنا في طرف الشفع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا . واتفق أثره صاحب معراج الدراية كما هو ذاب في أكثر المواضع . وتحرير صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك ، فإنه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نيج ما ذكره المصنف من قبل قال : فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وتراذلا » فلا جرم لم يجب التحالف . أقول : ليس هذا بشرح صحيح . لأن وجود معنى الإنكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين إنما هو فيما إذا وقع الاختلاف قبل القبض ، وأما إذا وقع بعد القبض فعني الإنكار هناك أيضا إنما يوجد في طرف واحد وهو المشتري ، فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ، ولكننا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراذلا » وقد مر ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب الدعوى . فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الإنكار من الطرفين لا تنقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض . والصواب أن وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتهاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف . وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال : وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه . لأن ركن البيع وإن وجد لكن بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به . قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكثر : ولا يتحالفان لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين . والمشتري لا يدعى على الشفع شيئا فلا يكون الشفع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس . أقول : الخلل في كلامه أشد وأظهر . فإنه قال أولا : لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ، وليس كذلك لأنه عرف بالنص أيضا فيما لا إنكار

(فصل في مسائل الاختلاف)

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفع والمشتري في الثمن وهو الأصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه . قال (وإن اختلف الشفع والمشتري في الثمن الخ) الشفع والمشتري وإن كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لأن الشفع يدعى على المشتري استحقاق الدار) بأقل الثمن والمشتري لا يدعى عليه شيئا فيخير الشفع بين الأخذ والترك . فإذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن إقامة البيئة كان القول للمشتري لأنه ينكر ما يدعيه الشفع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الأقل) والقول قول المنكر مع يمينه ، ولا يتحالفان لأنه لم يرد ثمة نص ، ولا هو في معنى المنصوص عليه

(فصل في الاختلاف)

(قال المصنف : ولا نص هاهنا فلا يتحالفان) أقول : إذ النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار في الطرفين هناك ، فوجب

قال (ولو أقاما البيئة فالبيئة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : البيئة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتا) فصار كبيئة البائع والوكيل والمشتري من العدو . ولهما أنه لا تنافي بينهما فيجعل كأن الموجود ييمان ، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذا بخلاف البائع مع المشتري ، لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانقضاء الأول وهاهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبيئة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه ، كيف وأنها ممنوعة على ما روى عن محمد ،

ولا دعوى إلا من جانب واحد كما إذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى ، بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لأن التحالف فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص . وقال آخرًا فامتنع القياس ، ولا يفتي أن امتناع القياس لا يقتضي امتناع الإلحاق بطريق دلالة النص ، فإن كثيرا من الأمور لا يجري فيه القياس ويصح إثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبمجرد امتناع القياس هاهنا لا يمت المطلوب ، فحتى العبارة أن يقال فلا يلحق به ليم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف : البيئة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتا) أقول : لقائل أن يقول : البيئة إنما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا . فزعم أن لاتصح بينة المشتري أصلا فضلا عن أن ترجع على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف . ثم أقول : يمكن الجواب عنه بأن المشتري وإن كان مدعي عليه لا مدعيًا في الحقيقة إلا أنه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ، ومن كان مدعيًا صورة تسمع بينته إذا أقامها . كما في المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله . وأما الحلف فإما يجب على من كان مدعي عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعي عليه صورة ، ألا يرى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن إقامة البيئة عليه فإما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ، ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعي عليه برد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البيئة وإن لم يجب على خصمه الحلف أصلا فزعم أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر إثباتا ، وبهذا التفصيل تبين أن قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وحجبتها ما ذكرنا مؤيدا به ما ذكره قبله بقوله لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الأهل والمشتري ينكره ليس بسديد . وعن هذا لم يحك عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا ، وإنما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما أنه لا تنافي الخ . وبقوله ولأن بيئة الشفيع ملزمة الخ . حكى أولاها محمد وأخذ بها . وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكرنا في الشروح (قوله وهو التخريج لبيئة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه) أقول : لقائل أن يقول : إن أريد أن الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الأحكام . وإن أريد أن الوكيل

من كل وجه (وإن أقاما البيئة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : هي للمشتري لأنها أكثر إثباتا فصار كبيئة البائع) إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البيئة فإنها للبائع ، وبيئة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فإنها للوكيل وبيئة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المسور فإنها للمشتري لما في ذلك كله من إثبات الزيادة (ولهما أنه لا تنافي بين البيتين) في حق الشفيع لجواز تحقيق البيعتين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البيتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكيد حقه فجاز أن يجعل ما موجودين في حقه (وله أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذا بخلاف البائع مع المشتري لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانقضاء الأول) فالجمع بينهما غير ممكن فيصير إلى أكثرها إثباتا لأن المصير إلى الترجيح عند تعدد التوفيق (وهذا هو التخريج لبيئة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالي العقدتين بينهما إلا بانقضاء الأول

التحالف للوكيل . ولم يوجد الإنكار هاهنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعي عليه شيئا (قوله لجواز تحقيق البيعتين مرة بألف وأخرى بألفين) أقول : فثبتت بحجة الشفيع البيع بألف ، وبثبت بحجة المشتري البيع بألفين ، فكان الشفيع غيرا ، إن شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع . وإن شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري (قال المصنف : كيف وأنها ممنوعة) أقول : فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وأنها ممنوعة .

وأما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير أن البيئة بينة المالك القديم . فلنا أن نمنع (وبعد التسليم نقول : لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول ، أما هاهنا فبخلافه . ولأن بيئة الشفع ملزمة وبينية المشتري غير ملزمة والبيئات للإلزام . قال (وإذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفع بما قاله البائع وكان ذلك حطاً عن المشتري) وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به ، وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع ببعض الثمن . وهذا الحط يظهر في حق الشفع على ما بين إن شاء الله تعالى ، ولأن التملك على البائع يلجأ به فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفع بقوله . قال (ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويراد أن ، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفع بذلك ، وإن حلفا بفسخ القاضي البيع على ما عرف وأخذها الشفع بقول البائع) لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفع . قال (وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع) لأنه لما

والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ، ولكن الشفع والمشتري أيضاً بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل في الدفع (قوله وبعد التسليم نقول : لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول . أما هاهنا فبخلافه) أقول : يرد على ظاهره أن البيع الثاني لا يصح هنا أيضاً ، ولا يفسخ الأول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين إلا بفسخ الأول . ويدل على لزوم الفسخ هنا أيضاً قول المصنف فيما قبل وهاهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفع حيث نفي ظهور الفسخ في حق الشفع ، وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه . والجواب أن مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول ، أما هاهنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هناك ، والشفع هنا لا الفسخ في حق المتعاقدين ، والذي لم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الأول ، فغنى كلام المصنف هنا

فتعذر التوفيق ، على أنها ممنوعة على ما روى ابن سبابة عن محمد أن البيئة بينة الموكل لأن الوكيل صدر منه إقراران : أي بحسب ما توجه البيتان ، فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء (وأما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير أن البيئة بينة المالك القديم ، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف ، ولئن سلمنا أن البيئة للمشتري فذاك باعتبار أن التوفيق متعذر ، إذ لا يصح البيع الثاني هناك إلا بفسخ الأول ، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسئلة حكاهما محمد وأخذ بها (قوله ولأن بيئة الشفع ملزمة) لأنها إذا قبلت على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفع شاء أو أبى . والمزم منها أولى لأنها وضعت للإلزام ، وبينية المشتري عليه غير ملزمة لأنها إذا قبلت لا يجب على الشفع شيء ولكنه غير بين أن يأخذ أو يترك ، وغير المزم مستمر في مقابلة المزم غير معتبر طريقة أخرى له حكاهما أبو يوسف ولم يأخذ بها ، وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بيئة البائع والمشتري والموكل ، فإن كل واحدة منهما ملزمة ، فلهذا صرنا إلى الترجيح للزيادة ورجحنا بيئة المولى القديم لكونها ملزمة على بيئة المشتري من العدو لأنها غير ملزمة . قال (وإذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه الخ) إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فلما أن يكون مقبوضاً أو غير مقبوض ، أو يكون القبض غير ظاهر : يعني غير معلوم للشفع . فإن كان غير مقبوض فلما أن يدعى البائع أقل أو أكثر ، فإن كان أقل أخذها الشفع بما قال البائع وكان ذلك حطاً عن المشتري . ووجهه المذكور في الكتاب واضح . وقوله ولأن التملك وجه آخر وإنما كان التملك على البائع يلجأ به ، لأنه لو لم يقل بعت لاثبت للشفع شيء ، ألا ترى أنه لو أقر بالبيع وأنكر المشتري ثبت له حق الخط ، وإذا كان كذلك كان القول قوله . وإن كان أكثر وليس لهما بيئة تحالفاً وتراداً بالحدث المعروف ، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفع بذلك . وإن اختلفا ففسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف ، ويأخذها الشفع بقول البائع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفع وإن كان الفسخ بالقضاء لأن القاضي نصب ناظرًا للمسلمين لا لمبطلًا لمقروهم (وإن كان مقبوضاً أخذها بقول المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع)

استوفى الثمن انتهى حكم العقد، وخرج هو من البين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع ، وقد بيناه . ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به ، فيقول بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فيرد عليه . ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلبثت إلى قوله ، لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

قال (وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع ، وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع

أن الفسخ يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين ، وأما هنا فيخلانه : أي لا يظهر في حق الثالث . وغرة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العتق بالثمن الثاني ، وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأى الثمنين شاء . فإن قلت : نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعاً ، ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما ؟ قلت : حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الأول ، وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور إلا بعد الإخراج إلى دار الإسلام ، والإخراج إليها لم يكن إلا بالبيع الثاني فافترا وحلّ هذا المقام بهذا الوجه مما بهم ، وقد أحمله الشراح مع التزامهم ببيان الظواهر في كثير من المواضع .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذى

لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر ، وإن كان غير معلوم القبض فلما أن يقرّ البائع بالقبض أولاً ، فإن كان الثاني ولم يذكره في الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض ، وإن كان الأول والفرض أن المشتري يدعى أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فلما أن يقرّ أولاً بمقدار الثمن ثم بالقبض أو بالعكس ، فإن كان الأول كما لو قال (بت الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أى بالألف (لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به) أى بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله (قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع) المتعلق بإقراره من الثمن ، لأنه إن تحقق ذلك يبقى أجنبياً من العقد ، إذ لا ملك له ولا يد ، وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدعيه المشتري كما تقدم آتفاً أن الثمن إذا كان مقبوضاً أخذ بما قال المشتري وليس له إسقاط حق الشفيع . (فيرد عليه) قبضت وإن كان الثاني كما لو قال (قبضت الثمن) وهو ألف لم يلبثت إلى قوله ويأخذها بما قال المشتري (لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار أجنبياً وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقرّ بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله ، لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله وهو ظاهر لأنه لم يصر أجنبياً لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكا ، والله أعلم .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذى يؤديه الشفيع لأن الثمن تابع (وإذا حط البائع عن المشتري) حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المراجعة دون الشفعة ، لأن

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع ، لأن الثمن ما بقي ، وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن ينحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر ، بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بخال وقد بيناه في البيوع (وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع) لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها ، بخلاف الحط لأن فيه منفعة له . ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا . قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لأنه من ذوات القيم (وإن اشترى بمكيل أو موزون أخذها بثمنها) لأنهما من ذوات الأمثال ، وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فإعاض بالقدر الممكن كما في الإلتاف والعدى المتقارب من ذوات الأمثال (وإن باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذ بقيمته . قال (وإذا باع بشمن مؤجل فللشفيع الخيار . إن شاء أخذها بشمن حال ، وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها)

يؤديه الشفيع لأنه ثمن والثمن تابع ، كذا في الشروخ (قوله وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه) أقول : كان الظاهر أن يقول بمثل ما يملك به ، لأن الشفيع إنما يملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع الذي يملكه المشتري ، وعن هذا قلنا فيما إذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في الميسر . وفي الكافي : الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها هاهنا ، ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال : ولنا أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل نوعان : كامل وهو المثل صورة ومعنى ، وقاصر

في المراجعة ليس في التزام الزيادة حتى إبطال حتى مستحق ، بخلاف الشفعة فإن في الزيادة فيها إبطال حتى ثبت للشفيع بأقل منها ، وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع إذا حط من المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وإن حط الجميع لم يسقط عنه شيء لأن حط البعض ملتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأنه إنما يأخذها بالثمن والثمن ما بقي ، وإن حط بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر ، بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد لتلاخض العقد عن موضوعه وقد بينه في البيوع في فصل قبيل الربا ، وباقى كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيمته) أي بقيمة العرض (لأنه من ذوات القيم ، وإن اشترى بمكيل أو موزون أخذها بمثلها لأنه من ذوات الأمثال) وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فإعاض بالقدر الممكن ، فإن كان له مثل صورة ملكه بها ، وإلا فاختار من حيث المالية وهو القيمة . وقوله (بالقدر الممكن) يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالخزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة ؛ ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالخزر والظن . ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا ، بخلاف البيت فإن أخذها بشمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة . وقوله (وإن باع عقارا بعقار) ظهر وجهه مما تقدم (وإذا باع بشمن مؤجل) إلى أجل معلوم (فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بشمن حال ، وإن شاء صبر عن الأخذ حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها)

(قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول : أي قبل قبض المشتري الثمن من الشفيع (قوله واثنان ما بقي ، وإذا حط بعده رجع الشفيع) (الخ) أقول : ما في قوله ما بقي موصولة ، والضمير في قوله رجع إلى القبض وقوله إذا حط من المشتري بعض الثمن قبل القبض (قوله لتلاخض العقد عن موضوعه) أقول : لأنه يصير حبة لأنه يبقى تمليكا بلا عوض ولا شفعة في الحبة (قوله ألا يرى أن الشفيع لو سلم الدار الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول : أي بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول : فيه بحث .

وليس له أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل (وقال زفر : له ذلك . وهو قول الشافعي في القديم ، لأن كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والأخذ بالشفعة به فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف . ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ، ولا شرط فيما بين الشفع والبائع أو المبتاع ، وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة ، وليس الأجل وصف الثمن لأنه حق المشتري ؛ ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما إذا اشترى شيئا بضمن مؤجل ثم ولاه غيره لايثبت الأجل إلا بالذكر كذا هذا . ثم إن أخذها بضمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفع فبقى موجه فصار

وهو المثل معنى اه (قوله وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة . قال صاحب العناية : هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة . ولا رضا في حق الشفع بالنسبة إلى الأجل . لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل . وقال : ولقاتل أن يقول : لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعا . وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك . والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ، ولا ضرورة في ثبوت الأجل ، إلى هنا كلامه وقد اتفق أثره الشارح العيني . أقول : لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذلك ليس بدليل آخر . بل إنما هو تمة الدليل السابق ذكر للدفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الأجل وإن لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث أن الرضا بالأجل في حق المشتري رضا به في حق الشفع . ووجه الدفع ظاهر من قوله ولتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج أصلا إلى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمات لجعل ذلك دليلا مستقلا ، وإيراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه ، بل لا وجه للقول بأنه لا بد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خبرا ، كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة . سيما عند قولهم ويملك الشفع الذار إما بالتراضي أو بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي ، واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك (قوله ثم إن أخذها بضمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية : قوله وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري

وإنما وصفنا الأجل بكونه معلوما . لأنه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل) عندنا (وقال : زفر : له ذلك وهو قول الشافعي) القديم (لأن الأجل وصف في الثمن كالزيادة والأخذ بالشفعة به) أي بالثمن (فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف . ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ، ولا شرط فيما بين الشفع والبائع أو المبتاع) فلاجل فيما بين الشفع وبينهما . وقوله (وليس الرضا) دليل آخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة . ولارضا في حق الشفع بالنسبة إلى الأجل لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم . ولقاتل أن يقول : لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعا ، وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك . والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ، ولا ضرورة في ثبوت الأجل . وقوله (وليس الأجل وصفا في الثمن) جواب عن قول زفر . ووجهه أن وصف الشيء بيقع له الملاءة وهذا ليس كذلك (لأنه حق المشتري) والثمن حق البائع . وقوله (وصار كما إذا اشترى شيئا) ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لا تمتنع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب التسخ إلى آخر ما ذكره في أو أثار باب طلب الشفعة . وقوله (وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل الخ) يوهم أن الشفع يملكه ببيع جديد ، وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم .

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول : الأظهر أنه جواب عما يقال الشرط وإن لم يثبت صريحا فقد ثبت دلالة ، لأن الرضا بتأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفع (قوله لتفاوت الناس في الملاءة) أقول : أي في الثمن (قال المصنف : وليس الأجل وصف الثمن الخ)

كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا ، وإن اختار الانتظار له ذلك ، لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث التقديرة . وقوله في الكتاب وإن شاء صبر حتى يقضى الأجل مراده الصبر عن الأخذ ، أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لقول أبي يوسف الآخر ، لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يترأخى عن الطلب ، وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع .

بثمن مؤجل الخ يوم أن الشفع يملك بيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك ، بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار ، لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والأجل مقتضى الشرط فيقضى مع من ثبت الشرط في حقه اه . واقتضى أثره الشارح أقول : هذا خبط فاحش منهما ، مداره عدم الفرق بين ما إذا قبضها المشتري فأخذها الشفع . من يده وبين ما إذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفع من يد البائع فإن الاختلاف في أن الدار المشفوعة هل تنتقل إلى الشفع بطريق تحول الصفقة أم بعقد جديد إنما هو فيها إذا أخذها الشفع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري . وأما فيما إذا أخذها الشفع من يد المشتري بعد أن قبضها فلم يقل أحد بأن انتقلها إلى الشفع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له أصلا وإنما هو بطريق عقد جديد بالإجماع ولقد نادى إليه قول المصنف في أو آخر باب طلب الشفع والخصومة فيها بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون المهددة عليه بالقبض لأنه تم ملكه بالقبض . وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ اه . فالصواب أن قول المصنف هاهنا ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري إشارة إلى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري . وقوله لما بينا من قبل إشارة إلى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من أن العقد ينفسخ في حق الإضافة إلى المشتري ، وتحول الصفقة إلى الشفع على ما هو المختار ، فإن قوله وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان إشارة إلى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها . وقوله لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفع فيقضى موجه فصار كما إذا باعه بثمن حال ، وقد اشتراه مؤجلا إشارة إلى أن تملك الشفع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون المهددة عليه بالقبض لأنه تم ملكه بالقبض اه . فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما أصلا (قوله وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) قال صاحب العناية : قوله وهو متمكن من الأخذ في الحال جواب عن قول

وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار ، لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والأجل يقضى الشرط فيقضى مع من ثبت الشرط في حقه . وقوله (وإن اختار الانتظار) ظاهر . وقوله (لقول أبي يوسف الآخر احتراز عن قوله الأول . روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف كان يقول أولا فتكلمها ، ثم رجع وقال : له أن يأخذها عند حلول الأجل وإن لم يطلب في الحال ، لأن الطلب إنما هو للأخذ ، وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لأنه إنما يريد الأخذ بعد حلول الأجل أو بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال ، فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا لإعراضه عن الأخذ . ووجه قوله أو قوله أولا ما ذكره في الكتاب وفيه إغلاق ، وتقديره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به ، والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ، ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به ، وأما الأخذ فإنه يترأخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر إلى انقضاء الأجل . وقوله (وهو متمكن من الأخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر ، وتقديره لا تسلم أن المقصود به الأخذ ، ولئن كان فلا تسلم أنه ليس

أقول : سبق ما يتعلق بعدم وصفية الأجل في باب التحالف (قوله لأن الطلب إنما هو الأخذ) أقول : وهو المقصود من الطلب (قال المصنف وهو متمكن من الأخذ في الحال) أقول : وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة في الحال (قوله وتقديره لا تسلم) أقول : فيه بحث ،

قال (وإن اشترى ذى بخر أو خنزير دارا وشفيها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذى ، والخمر لهم كالمثل لنا والخنزير ، كالشاة ، فيأخذ في الأول بالمثل والثاني بالقيمة . قال (وإن كان شفيها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر ، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثل . وإن كان شفيها مسلما وذنبا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل ، فلو أسلم الذى أخذها بنصف

أبي يوسف الآخر . وتقريره لا نسلم أن المقصود به الأخذ ، ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا انتهى . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأن المصنف لم يتعرض فيما قبل للدليل قول أبي يوسف الآخر كما ترى . فالنصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا ، بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره . وأما ثانيا فلأن منع كون المقصود به الأخذ كما ذكره الشارح المزبور في أول التقرير مما لا يفهم من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حل كلام المصنف عليه . وأما ثالثا فلأن قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا مما لا يكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبي يوسف الآخر في هذه المسئلة . لأن دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للأخذ ، وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الأخذ بعد حلول الأجل أو الأخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال ، فسكوته لأنه لم ير فيه فائدة لا لإعراضه عن الأخذ انتهى . ولا يذهب على ذى مسكة أن منع عدم تمكنه من الأخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدى الثمن حالا لا يجدى طائلا في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه ، فإن أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذى يطلبه ، وليس يلزم له البتة . وخلاف أبي يوسف في قوله الآخر فيما إذا لم يخر الشفع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار إلى حلول الأجل فكيف يكون تمكنه من الأخذ في الحال بأن يؤدى الثمن حالا جوابا عن ذلك ، والحق أن يجعل قول المصنف وهو متمكن من الأخذ في الحال الخ على تمام دليل أبي حنيفة ومحمد ههما الله بأن يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح أخذوا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الآخر : وجه ظاهر

بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا . قال (وإذا اشترى ذى دارا بخر أو خنزير وشفيها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر . وقوله وشفيها ذى احتراز عما إذا كان مرتدا فإنه لاشفعة له سواء قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب ، ولا لورثته لأن الشفعة لاتورث (وإن كان شفيها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف : أما الخنزير فظاهر . يعنى لكونه من ذوات القيم . واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يخر على العاشر . وأجيب بأن مراعاة حق الشفع واجبة بقدر الإمكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير . بخلاف ما إذا مر على العاشر ، وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع إلى من أسلم من أهل اللمة أو من تاب من فسقة المسلمين ، فإن وقع الاختلاف في ذلك فاقول فيه قول المشتري ، مثل ما إذا اختلف الشفع والمشتري في مقدار الثمن . وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لقوات القبض المستحق بالعقد ، والإسلام

إلا أن المراد الأخذ في الحال (قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفع واجبة) أقول : وتقرير الجواب في شرح الكاكي حكما : قيمة الخنزير كعين الخنزير معنى ، ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة ، فلما كان متصفنا بإطالة حق العبد لم يعمل لعله الشفعة ، بل يعمل بالشبهة فيما إذا لم يكن متصفنا بإطالة حق الغير ، وفي سائلتنا يتضمن إطالة حق الغير فلم يعمل بها ، بخلاف ما إذا مر على العاشر اد . وفي شرح الكفر الزيلعي : إنما يحرم عليه تحليها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير ، وأما إذا كانت بدلا عن غير فلا يحرم ، وهنا بدلا عن الدار لاعتن الخنزير ، وإنما الخنزير يقدر بقيمته بدلا الدار فلا يحرم عليه تحليها .

قيمة الخمر لعجزه عن تملك الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لأن يبطل ، فصار كما إذا اشتراها بكرّ من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه بأخذها بقيمة الرطب كلها هذا .

(فصل)

قال (وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ، إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس ، وإن شاء كلف المشتري قلعه) وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويغير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك . وبه قال الشافعي ، إلا أن عنده له أن يقلع ويعطى قيمة البناء . لأبي يوسف أنه يحق في البناء لأنه بناءه على أن الدار ملكة . والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً : وكذا إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع ، وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه . ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعاق به حق متأكد للغير

الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال كان له ذلك . والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر .

(فصل)

مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع إما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير . فلما كان التغير فرعاً على غير التغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا : أي وهذا المدعى الذي قلنا وهو أن لا يكلف المشتري بقلع

يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع القصد على الخمر ، ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحاً ، وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقى كلامه ظاهر . قال :

(فصل)

الأصل في المشفوع عدم التغير ، والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض ، فكان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ، إن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي اشتراه به المشتري وقيمة البناء أو الغرس ، وإن شاء كلف المشتري قلعه . وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويغير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس ، وبين أن يترك) وهو أحد قول الشافعي ، وله قول آخر وهو له أن يقلع ويعطى قيمة البناء . ولأبي يوسف أنه يحق في البناء لأنه بناءه على أنه ملكة ، والحق في شيء لا يكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان ، واستوضح ذلك بالموهوب له ، فإنه إذا بنى ليس الواهب أن يكلفه القلع ويرجع في الأرض وبالمشتري شراء فاسداً إذا بنى ، وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكلفه قلع لم يزرع اتفاقاً (وهذا) أي ما قلنا إنه لا يكلف (لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله (بتحمل الأدنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (وجه ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل يتعلق به حق مؤكّد للغير)

(فصل) وإذا بنى المشتري

(قوله فإنه ليس له أن يكلف قلع لزوع) أقول : يعني ليس للشفيع أن يكلف الخمر .

من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المهرن، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته ، بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة ، لأنه

البناء انتهى . وبذلك المعنى فسر سائر الشراح أيضا ولكن بعبارة شتى . فقال صاحب العناية : أى ما قلنا إنه لا يكلف ، وقال صاحب الكفاية : أى قول أبي يوسف إنه لا يكلف المشتري قطع البناء . وقال صاحب معراج الدراية : أى القول بعدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس . وقال الشارح العيني : أى ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس . أقول : لقائل أن يقول : قد تلخص من جملة ذلك : أى المشار إليه بكلمة هذا فى قوله وهذا لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مذمى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دليلا عليه ، فينبغى أن يقول : ولأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ما هو الطريقة المعهودة عند تعدد الأدلة . والجواب أن من عادة المصنف فى كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لية مسألة بعد بيان إيجابها سلك هذا المسلك إيعا إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الإينية والالية وإن كان أصل المدعى واحدا وكأنهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فإنه ينفعك فى موارد ما قد كنت نهيت عليه من قبل أيضا فلا تغفل (قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه) أقول : هنا كلام ، وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة فى تحليل قوله وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بهما حاكم ، لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفع إلا بالتراضى أو بقضاء القاضى وبين ذاك وما قال هنا تدافع . فإن المضمم فيها ذكره هناك تقدم المشتري على الشفع حيث يثبت الملك أولا للمشتري ثم يثبت منه إلى الشفع بالتراضى أو بقضاء القاضى . وما ذكره هنا صريح فى تقدم الشفع على المشتري فالتوفيق . والجواب أن المراد بما ذكره هاهنا تقدم الشفع على المشتري فى الاستحقاق ، وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفع فى الملك ، والتملك مغاير للاستحقاق ومؤخر عنه ، إذ قد تقرر فى باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالا ثلاثة : الاستحقاق ، والاستقرار ، والتملك ، وأن الأول يثبت باتصال الملك لشرط البيع ، والثانى بالإشهاد ، والثالث بالأخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى . فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين . إذ كون الشفع أقدم فى الاستحقاق لا ينافى كون المشتري أقدم فى التملك كما لا يمتنع (قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من الشراح : إن قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق . فإن فيها تسليطا من جهته . أقول : فيه بحث ، لأن المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين : أحدهما قوله لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق . وثانيهما قوله ولأن حق الاسترداد فيها ضعيف . فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تحليل الخلاف المذكور بالوجه الثانى لأنه إن كانت علة كون حق الاسترداد فيها ضعيفا كون التسليط فيها من جهة من له الحق كان راجعا إلى الوجه الأول فلا معنى لجله وجهها آخر معطوفا على الأول ، وإن لم تكن علة ذلك كون التسليط فيها من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعاملا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق . فالحق عندي أن قوله بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية . فالمتنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد ، فحينئذ يكون التحليل بقوله لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا إلى قوله فى وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق . ويكون

بحث لا يقدر على إسقاطه جبرا (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بنى فى ذلك نقض بناءه كالراهن إذا بنى فى المهرن وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب . والبائع (وهذا) أى نقض البناء لحق الشفع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بيانا لكون حق الشفع متأكدا (لأنه) أى الشفع (يتقدم عليه) أى على المشتري ، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كإيجاره وجعله مسجدا أو مقبرة . فكذا تنقض تصرفاته غرسا وبناء . وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض ، وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه ، وإنما قيد بقوله عند أبي حنيفة لأن عدم استرداد البائع فى الشراء الفاسد إذا بنى المشتري

حصل بسلط من جهة من له الحق ، ولأن حق الاسترداد فيها ضعيف ولهذا لا يبيى بعد البناء ، وهذا الحق يبيى فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق ، والزرع يقلع قياساً ؛

التعليل بقوله ولأن حق الاسترداد فيها ضعيف ناظراً إلى قوله فيه لأن حقه أقوى من حق المشتري فيم التعليلان معاً بلا غبار . وقال جمهور الشراح : إنما قيد بقوله عند أبي حنيفة رحمه الله لأن عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد إذا بني المشتري فيها اشتراه إنما هو على قول أبي حنيفة ، وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى . أقول : لفتايل أن يقول : إذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضاً فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلتهما هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً ، فإن جواز الاسترداد في الشراء الفاسد يتأني قياس المشتري في مسئلتهما هذه على المشتري شراء فاسداً أنه لا يكلف القطع كما هو مذهب أبي يوسف هنا . فإن قلت : يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسداً في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسداً : هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة . قلت : ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جداً لأن قياس الزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحبه . بل ذكر بصدد إثبات مدعاه . فكيف يصلح أن يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سبياً على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد . ثم أقول : الأوجه في التوجيه أن يقال : إن لأبي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين : أحدهما أن للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع . وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الإيضاح حيث قال : وذكر في الإيضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخر مع أبي حنيفة اهـ . وكذا لأبي يوسف في مسئلتهما هذه قولان : أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القطع الخ ، وهذا ما رواه الحسن بن زياد . وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والفرس ، وإن شاء كلف المشتري قطعه ، وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سحابة وبشر بن الوليد وعلى بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه ، صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره . وذكر في غاية البيان : وإذا قد كان الأمر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسداً في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسئلة مبنياً على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد ، وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ، ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازاً عن قول محمد وعن أحد قول أبي يوسف فيها وهو قوله الأول كما عرفت فتدبر (قوله ولهذا لا يبيى بعد البناء وهذا الحق يبيى) قال صاحب

في المشتري إنما هو قوله . وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية (قوله ولأن حق الاسترداد) معطوف على قوله لأنه حصل (قوله فيها) أي في الحبة والبيع الفاسد (ضعيف) (ولهذا لا يبيى بعد البناء ، وهذا الحق) أي حق الشفعة ويبقى ولا يلزم من عدم تكليف القطع لحق ضعيف علمه لحق قوى . قيل فيه نظر . لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد إنما لا يبيى على منذهب أبي حنيفة ، فالاستدلال به لا يصح . والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية ، أو لأنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما . وقوله (فلا معنى لإيجاب القيمة) راجع إلى أول الكلام : يعني إذا ثبت التكليف بالقطع فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع ، لأن الشفيع بمنزلة المستحق ، والمشتري إذا بني أو غرس ثم استحق رجوع المشتري بالثمن بقيمة البناء والفرس على البائع دون المستحق فكل ذلك هاهنا . وقوله (والزرع يقلع) جواب عن قوله وكما إذا زرع المشتري . ولم يجب عن قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لأن قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري تضمن ذلك ،

(قوله قيل فيه نظر) أقول : القائل هو الإقناني .

وإنما لأيقع استحسانا لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر ، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبني فيها أو غرس ثم استحققت رجع بالثمن) لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس ، لأعلى البائع إن أخذهما منه ، ولا على المشتري إن أخذهما منه . وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري ، والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ، ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه .

غاية البيان : هذا إيضاح لضعف حق الاسترداد في الحبة والشراء الفاسد . ولكن فيه نظر لأن الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد إنما لا يبيح على مذهب أبي حنيفة لأعلى مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ، ولأبي يوسف أن يقول : هذا مذهبه لا مذهبي ، وعندى حتى الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد . أقول : نظره ساقط جدا ، لأن هذا الإيضاح من منفرعات قوله بخلاف الحبة وبخلاف الشراء الفاسد ، وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره ، وقياسه على المشتري شراء فاسدا إنما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن يبنى المشتري شراء فاسدا ، فإن كان مراده بقياسه المذكور إثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نهينا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبني على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبه لا مذهبي ، وإن كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب إليه ذلك الناظر في شرح ذاك المقام ، فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والإيضاح على مذهبه ، فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه . وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال : قيل فيه نظر لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد إنما لا يبيح على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح . والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لأنه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه . أقول : في كل من وجهي الجواب نظر . أما في الأول فلأن المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية . وأما في الثاني فلأن الظاهر أن الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به إنما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فإنه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره ، وقد جعله المصنف هاهنا دليلا أول فكيف يفتى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامنا فيه ، تبصر تفهم (قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ، ولا تسلط ولا غرور في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه) أقول : كان الأولى أن يقال : ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع لامن البائع ولا من المشتري

لأن التراجع يدفع أعلى الضررين بالأهون إنما يكون بعد المساواة في أصل الحق ، ولا مساواة لأن حق الشفيع مقدم ، وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة وصيغها بأشياء كثيرة ، فإن الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصيغ وبين أن يتركها . وأجيب بأنه أيضا على الاختلاف ، ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقص لا يضر به المشتري كثيرا لسلامة النقص له ، بخلاف الصيغ . وقوله (وإذا أخذه بالقيمة) معطوف على مقدر دل عليه التخيير ، وتقريره الشفيع بالخيار إن شاء كلف القلع ، وإن شاء أخذه بالقيمة . فإن كلفه فذاك ، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبني فيها أو غرس فاستحققت الأرض رجع بالثمن) لا غير أخذه من البائع أو المشتري (لأنه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبي يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لأنه متملك من المشتري فنزلا منزلة البائع والمشتري ، ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشتري مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه .

قال (وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جفت شجر البستان بغير فعل أحد فالشفع بالخير . إن شاء أخذها بجميع الثمن) لأن البناء والفرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن مالم يصير مقصودا ولهذا جاز بيعها مراجعة بكل الثمن في هذه الصورة ، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بمحضته لأن الفاتح بعض الأصل . قال (وإن شاء ترك) لأن له أن يتمتع عن تملك الدار بماله . قال (وإن نقض المشتري البناء قبل للشفع إن شئت فخذ العرصة بمحضتها ، وإن شئت فذع) لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابلة شيء من الثمن ، بخلاف الأول لأن الهلاك بأفة مساوية (وليس للشفع أن يأخذ النقض) لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعا . قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفع بثمرها) ومعناه إذا ذكر الثمر في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر ، وهذا الذي ذكره استحسان . وفي القياس لا يأخذه لأنه ليس ببيع ؛ ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبهه المتاع في الدار . وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار ، وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفع . قال (وكذلك إن ابتاعها وليس في النخل ثمر فأثمر في يد المشتري) يعني يأخذه الشفع لأنه مبيع تبعا لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع . قال (فإن جدته المشتري ثم جاء الشفع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا) لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه .

ليعم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشتري ويطلق قوله فيما قبل ، ولا يرجع بقيمة البناء والفرس لاعلى البائع إن أخذ منه . ولا على المشتري إن أخذ منه . وعن هذا قال في الكافي : ولا غرور في حق الشفع لأنه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه . وقال في النهاية نقلا عن الميسر : ولا غرور في حق الشفع لامن جانب البائع ولا من جانب المشتري لأنه تملك عن صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع له . ورد صاحب الإصلاح والإيضاح التعليق بالأخذ جبرا حيث قال : إنما لا يرجع بقيمة البناء والفرس على أحد ، لا لأنه أخذ جبرا لأنه لا يتمشى فيما أخذ بالتراضي ، بل لأنه ليس بغير غرور : والمشتري إنما يرجع على البائع لأنه مغرور من جهته . أقول : ليس ذلك بشيء ، لأن قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب ، حتى أن ذلك الراد نفسه أيضا أخذ ذاك القيد في تعريفها حيث قال في منتهى الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه ، وفسر في شرحه قيد جبرا بمعنى بيع صورة الأخذ بالتراضي أيضا حيث قال : يعني لا يعتبر اختياره لا أنه يعتبر عدم اختياره ، ولا ينبغي أن توجيهه هناك هو التوجيه هاهنا ، ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفع مع خصمه تمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الأول وعدم اعتباره في الثاني ، ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الأول واعتبار عدمه في الثاني

قال (وإذا انهدمت الدار الخ) كلامه ظاهر ، والتأمل فيه يرشد إلى أن في قول من قال إنهم : يعني أثمتنا زعموا أن البناء إذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفع ، وإذا غرق بعض الأرض سقط حصته من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لقلة التأمل ، فإن منشأ الفرق ليس فعل الماء ، وإنما منشأه أن البناء وصف والأوصاف لا يقابلهما شيء من الثمن إذا فات من غير صنع أحد ، وأما بعض الأرض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من إسقاط حصته ما غرق من الثمن (وإن نقض المشتري البناء) فالشفع إن شاء أخذ العرصة بمحضتها من الثمن ، وإن شاء ترك لأن البناء صار مقصودا بالإتلاف ويقابلة شيء من الثمن ، وقد مر في البيوع (وليس للشفع أن يأخذ النقض لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعا) فبقى منقولا ولا شفعة فيه . وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر . وقوله (وما كان مركبا فيه) يعني مثل الأبواب والسرور المركبة . وقوله (على ما عرف في ولد المبيعة) يعني أن إلجارية المبيعة إذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسرى حكم البيع إلى الولد حتى يكون الولد ملك المشتري كالأم . وقوله (في الفصلين) يريد به

(قوله تسفا لقلة التأمل) أقول : قوله تسفا اسم أن في قوله وبالتأمل فيه يرشد إلى أن في قول من قال الخ .

قال في الكتاب (وإن جدّه المشتري سقط عن الشفع حصته) قال رضي الله عنه (وهذا جواب الفصل الأول) لأنه دخل في البيع مقصودا فيقابلة شيء من الثمن (أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمن بجميع الثمن) لأن الثمن لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن ، والله أعلم .

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

قال (الشفعة واجبة في العقار وإن كان مما لا يقسم) وقال الشافعي : لاشفعة فيما لا يقسم ، لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لمؤنة القسمة ، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة في كل شيء عقار أو ربع » إلى غير ذلك من العمومات ، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك . والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على

تأمل تقف . بقى شيء في كلام صاحب الإصلاح والإيضاح وهو أنه نفي كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الضرر وعدم الغرور ، فلقاتل أن يقول : إن كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفع كون البائع مختارا وخصم الشفع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير إلى ما تفاه ، وإن كان سببها غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفع الآخذ برضا خصمه وبين المشتري من البائع . ويمكن الجواب بأن يقال : سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير إليه تقرير صاحب النهاية حيث قال : إن المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور . وذلك لأن البائع التزم للمشتري السلامة اهـ . والظاهر أن خصم الشفع وإن رضي بأخذه لكن لم يلزم له السلامة فافترقا . والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب .

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا ، لأن التفصيل بعد الإجمال كذا في الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح : العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة . أقول : تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما ياباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تحليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة في كل شيء عقار أو ربع » لأن الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ها هنا ، وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار ، والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر إدراج الدار في معنى العقار ، اللهم إلا أن يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى - حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى - لكن النكتة فيه غير واضحة ،

ما إذا كان في التخل ثمر وقت الشراء ثم جدّه المشتري ، وما إذا لم يكن ثم ثمر ثم جاء الشفع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لأن التبعية كانت به وقد زالت . وقوله (في الكتاب) يعني مختصر القدوري ، والله أعلم .

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملا ، لأن التفصيل بعد الإجمال . قال (الشفعة واجبة في العقار الخ) الشفعة واجبة : أي ثابتة في العقار ، وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وإن كان مما لا يقسم) أي لا يجزئ القسمة كالحمام والرحى . وإنما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لأنها غير متصلة ، والمراد بالرحى بيت الرحى ، والربع الدار . والحائط البستان ، وأصله ما أحاط به ، والحسب بسكون السين وفتحها في معنى

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ما مر ، وأنه ينظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق . قال (ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شفعة إلا في ربيع أو حائط » وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن . ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به . وفي بعض نسخ المختصر . ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة . وهو صحيح . مذكور في الأصل . لأنه لا قرار له فكان تقايا ، وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفن إذا لم يكن طريق العلو فيه ، لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار . قال (والمسلم والذي في الشفعة سواء) للعمومات ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق . ولهذا يستوى فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذونا أو مكاتباً .

على أن عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط . ثم أقول : قال الإمام الميرزا في المغرب : والعقار الضيقة . وقيل كل مال له أصل من دار أو ضيقة اه فعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره . وما ذكره جمهور الشراح هاهنا مطابق للتفسير الثاني منهما . فكأنهم اختاروه هاهنا لكونه المناسب للمقام من الشفعة كما ثبتت في الضيقة تثبت في الدار ونحوها أيضاً على ما صرحوا به . ثم أعلم أنه قال الجوهرى في الصحاح في فصل العين من باب الراء : والعقار بالفتح الأرض والضياع والنخل . ومنه قولهم ما له دار ولا عقار اه . وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح : والضيعة العقار والجمع ضياع اه . أقول : في كلامه اختلال لأنه فسر العقار أولاً بما يشمل الأقسام الثلاثة وهي الأرض والضياع والنخل . ثم فسر الضيقة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلم يفسر الأنحص بالأعم كما ترى (قوله ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شفعة إلا في ربيع أو حائط ») أقول : فيه شيء . وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربيع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرها ومن غيرها العروض والسفن . فبرد عليه أن مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربيع وحائط أيضاً كضيعة خالية مثلاً ، وليس كذلك قطعاً فكيف يتم التحكك به ؟ فإن قلت : يمكن أن يحصل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الإضائي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربيع وحائط بالإضافة للعروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة إلى جميع ما عداهما فلا يرد الحنفون المزبور . قلت : من أين نفهم أن إضافة ذلك القصر إلى العروض والسفن لا إلى العروض فقط دون السفن ، ولا إلى ما يعم شيئاً مما سوى العروض والسفن . وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في إيجابها في السفن كما ذكره المصنف فتأمل .

القدر ، واختار الجوهرى الفتح وقال : إنما تسكن في ضرورة الشعر . وقوله (إذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة لعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة ، وليس لثبوت الشفعة إذا كان له طريق في السفن ، بل إذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدماً على الجار (والمسلم والذي فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى : الشفعة رفق شرعى فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر . ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضى الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوى فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير) وقال : لا شفعة للصغير لأنه لا يتضرر بسوء المجاورة . قلنا : إن لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل (ويستوى الباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً) فإن كان البائع غير المولى فله العبد المأذون الشفعة مديوناً كان أو لا . وإن كان هو المولى : فإن كان عليه دين فله ذلك وإلا فلا ، وهذا لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره .

قال (وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على مامر . قال (ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالغ المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يبالغ بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبداً) لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا . وهذه الأعواض ليست بأموال ، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع . وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض ، بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً .

(قوله وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على مامر) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : قد تقدم أن الشفعة إنما تجب في العقار ، ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال . لأن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك المشتري صورة في ذوات الأمثال أو قيمة في ذوات القيم على مامر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة . وهي إنما يمكن إذا كان العوض مالا . فإن الشرع قدم الشفع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا بإنشاء سبب آخر ولهذا لا تجب في الموهوب ، لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً غير السبب الذي تملك به الممتلك اهـ . أقول : لقائل أن يقول : لم لا يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به الممتلك وهو الوصية بلا عوض . لا يقال : لا يتصور الهبة بدون رضا الواهب والمتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض . فلا يملك الشفع أخذه بلا عوض . لأننا نقول : مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا الممتلك ، وعن هذا قالوا : إن حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة ، فلا تأثير لحديث عدم رضا الممتلك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب ، فالوجه الثام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأمثالهما ما ذكر في الكافي وغيره ، وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لأنها ثبتت بخلاف القياس بالأثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها (قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها) قال في العناية : وهي مهر المثل : وأجر المثل في التزويج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق اهـ . أقول : في قوله

قال (وإذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم أن الشفعة إنما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بما هو مال (لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك المشتري صورة في ذوات الأمثال أو قيمة في ذوات القيم على مامر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة . وهي إنما يمكن إذا كان العوض مالا فإن الشرع قدم الشفع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا بإنشاء سبب آخر . ولهذا لا يجب في الموهوب . لأنه لو أخذه أخذه بعوض وكان سبباً غير السبب الذي يملك به الممتلك وعلى هذا (لا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالغ المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يبالغ بها عن دم عمد) أي غير دار من عبد أو حائوت ويبالغ بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبداً ، لأن الشفع لا يقدر على تملك هذه الأشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به . وكان تفريع هذه المسائل على الأصل المذكور وهو قوله لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافياً . ولكنه استدلل عليه بدليل مستقل وهو قوله لأن الشفعة عندنا إنما تجب الخ استظهاراً ، وعند الشافعي تجب فيها الشفعة ، لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزويج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق (إن تعذر الأخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها أصلاً) وقوله :

(قوله واجبة : وهي إنما يمكن إذا كان العوض مالا) أقول : قوله واجبة خبر أن في قوله لأن مراعاة شرط الشرع الخ (قوله كلفياً) أقول : خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ (قوله وقيمة الدار والعبد) أقول : كأن الكلام في قيمة الإعواض لآل قيمة

وقوله يتأتى فيها إذا جعل شقصا من دار مهرأ أو ما يضاهيه لأنه لاشفعة عنده لإفقيه ونحن نقول: إن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضرورى فلا يظهر في حق الشفعة ، وكذا الدم والعنق غير متقوم لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيها ، وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرأ لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبدن ، بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال ، ولو تزوجها على دار على أن تردّ عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أى حنيفة وقالوا : تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه ، وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ، ولا شفعة في الأصل فكذلك في التبع ، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة

وقيمة الدار نظر ، إذ الكلام في قيمة الأعراس التي جعلت بدلا للدار في الصور المذكورة لا في قيمة نفس الدار . والعوض في صورة الصلح هو دم العمد ، فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار . لا يقال : لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار . لأننا نقول : لو افترضنا هذا التامر أن تسمى قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الأعراس المذكورة في الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به أحد . بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضا . ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لإجمال ما قلنا قال : كأن الكلام في قيمة الأعراس لا في قيمة الدار والعبد فتأمل اه . أقول : لم يصب في زيادته العبد وإلحاقه بالدار في الموازنة . فإن العبد مأخوذ في جانب الأعراس المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب . فكون الكلام في قيمة الأعراس لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الإعتاق . نعم العوض إعتاق العبد لا نفس العبد . لكن من يجعل الإعتاق متقوما لا بد له من المصير إلى قيمة العبد في تقويمه ، والكلام هنا على أصله ، وأما التحقيق من قبلنا فسيجيء من بعد (قوله وكذا الدم والعنق غير متقوم) قال في العناية :

أى قول الشافعي رحمه الله (يتأتى فيها إذا جعل شقصا من دار مهرأ أو ما يضاهيه) أى ما يشابه المهر كبذل الخلع والأجر (لأنه لاشفعة عنده إلا فيه) حيث لا يرى الشفعة لاقى الجوار ولا فبا لا يقبل القسمة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الأعراس متقومة ، وتقريره أن تقوم هذه الأعراس إما أن يكون مطلقا أو ضروريا . والأول ممنوع والثاني مسموح . ولكن لا يظهر في حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعنق غير متقوم) وإنما أفردهما لأن تقويمهما أبعد لأنهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم . واستدل على ذلك بقوله (لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لأن القيمة إنما تقوم مقام الغير من حيث المالية لإبغائها من الأوصاف كالجوهرية والجسمية ، ولا يتحقق المعنى الخاص فيها لأن العنق إسقاط . وإزالة الدم ليس إلا حق الاستيفاء وليس من جنس ما يمتثل به ويلتزم . وقوله (وعلى هذا) لبيان أن الفرض عند العقد وبعده سواء في كونه مقابلا بالبدن ، بخلاف ما إذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فإن فيه الشفعة لأنه مبادلة المال بالمال . واعتراض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجوهراته ولا شفعة في الشراء الفاسد . وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوما عندها وبأنه جهالة في الساقط لا تنفضي إلى المنازعة والمفسدة ما أضفت إليها (ولو تزوجها على دار على أن تردّ عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار) أى في شيء منها (وقالا : تجب في حصة الألف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لأنه مبادلة مالية في حقه) أى في حق ما ينص الألف ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجني نفسك . وقوله (ولأن الشفعة) دليل آخر ، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة تنفضي إلى المبادلة المالية . وأما أن تكون هي المقصودة فممنوع . ووجهه أن

الدار والعبد فتأمل (قوله وإنما أفردهما) أقول : فيه شيء لا يمتثل جوابه (قال المصنف : ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة) قول : تأمل في التناظر بين الدليلين .

حتى أن المضارب إذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه . قال (أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة) قال رضى الله عنه : هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر ، والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله أو يصالح عليها ، لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزَل عن ملكه ، وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه ، كما إذا أنكر صريحا ، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعى ، وإنما استفاده بالصالح فكان مبادلة مالية ، أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه . قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا ، إلا أن تكون بعوض مشروط) لأنه بيع انتهاء ، ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء ، وقد قررناه في كتاب الهبة ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة ، إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع . قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق ، والشفعة تبقى عليه على مامر ، وإذا أخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ، ولا خيار للشفع لأنه يثبت بالشرط ،

إنما أفردهما لأن تقومهما أبعد لئلا يبالغ في فضلها عن التقوم اه . أقول : فيه بحث ، لأن تمامه يتوقف على كون سائر

كونها مقصودة لا بد منه ؛ ألا ترى أن المضارب إذا كان رأس المال ألفا فامتجروا ربح ألفا ثم باعها بالألفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لأن الربح تبع لرأس المال ، وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لأن البيع كان لرب المال لأن المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يسيىء ، فكذا في حصة الربح وهو البيع . قال (أو يصالح عليها بإنكار الخ) عطف القدوري قوله أو يصالح عليها بإنكار على قوله أو يعتق عليها عبدا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة ، وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر . وقوله (إذا لم يكن من جنسه) أى إذا لم يكن العوض من جنس حقه ، وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذها حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة . قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعنى في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأسا (إلا أن يكون بعوض مشروط) في العقد ، ولا بد من القبض ، فإنه إذا وهب دارا لرجل على أن يبب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفع مالم يتقاضا (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء ، وقد قررناه في كتاب الهبة) لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فإنه لا تثبت الشفعة لاقى الموهوب ولا اقى العوض إن كان العوض دارا (لأن كل واحدة منهما مطلقة عن العوض ، إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع ، وبقامحق البائع يمنع الشفعة كما في البيع القاسد ، فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك . وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ إنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب (قوله وإن اشترى بشرط الخ) ظاهر . وقوله (على مامر) إشارة إلى قوله من قبل وتجب بعقد البيع إلى أن قال : والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله وإذا أخذها) أى أخذ الشفع الدار في مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بعجز المشتري عن الرد ، ولا خيار للشفع لأنه يثبت بالشرط

وهو للمشتري دون الشفع ، وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها ، وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال أوضحتها في البيوع فلا نعيده . وإذا أخذنا كان إجازة منه للبيع ، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما يبيع بجنبها بالشفعة ، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ماكه في الأولى حين بيعت الثانية . قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع ، وبعد القبض لاحتمال الفسخ ،

الأعراض المذكورة مالا وإن لم تكن متقومة ، وليس الأمر كذلك فإنها أيضا ليست بأموال عندنا . وقد أنصح عنه قول المصنف فيها قبل وهذه الأعراض ليست بأموال ، وقوله في باب المهر من كتاب النكاح أن المتافع ليست بأموال على أصاننا . والحق عندى في تعليل أن تقومهما أبعد أن يقال لأنهما ليسا بمنقوضين أصلا : أى لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري كما مر آنفا (قوله وفيه إشكال أوضحتها في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية : هذه الحالة في حق الإشكال غير راجحة . بل فيه جواب الإشكال لا الإشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ . وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال راجحة كانت في حق الإشكال كذلك ، لأن الجواب يتضمن السؤال ، وقيل لم يقل في بيع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحة في كفاية المنتهى ، كذا في العناية أخذنا من معراج الدراية . أقول : لا يذهب عليك أن قوله فلا نعيده بأني عن أن يكون مراده بقوله أوضحتها في البيوع إرضاحه في بيع كفاية المنتهى ، لأن ذكر شيء في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا يعد إعادة ، وإلا لزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الإعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) قال صاحب العناية : وفي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيها إذا وقع فاسدا ابتداء . لأن الفساد إذا كان بعد انعقاد صحيحا فحق الشفعة باق على حاله اه . وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث أتى بالمحتملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اه . أقول : هذا الكلام منه

وهو للمشتري دون الشفع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما (أى لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري (فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نقضا لبيع له لأنه قرر ملكه . وإقرار البائع على إقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع ، لأنه لو لم يعمل نقضا لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق يزوالها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه إشكال) وهو ما ذكره البلخي من أن أصل أي حنفية أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار ، والشفعة لاستحقاق إلا بالملك فكان تناقضا . وقوله (أوضحتها في البيوع) قال في النهاية : هذه الحوالة في حق الإشكال غير راجحة ، بل فيه جواب الإشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ . وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال راجحة كانت في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال . وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهى . ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع للأجل خيار المشتري (قوله وإذا أخذها) يعنى أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة تجب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ظاهر . وقوله (ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى) يعنى التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أى للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية . قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) أول كلامه ظاهر . وفي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيها إذا وقع

(قوله تلويح إلى أن عدم الشفعة الخ) أقول : حيث أتى بالمحتملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار .

وحتى الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لأنه صار أخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه . قال (فإن سقط حق الفسخ

عجيب . لأن حدوث الفساد كما يوجد فيما إذا وقع في ابتداء العقد يوجد أيضا فيما إذا وقع بعد انعقاده صحيحا ، بل الحلوث في الصورة الثانية أظهر وأجلى لأن الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن في ابتداء العقد . وأما في الصورة الأولى فهو حاصل في الابتداء والانهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة إلى الصورة الثانية ، فجرد الإتيان بالجملة الفعلية إن لم يكن ملوِّحا إلى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوِّحا إلى الأولى . والصواب أن وجه التلويح إلى ذلك هو أنه جعل قوله شراء فاسدا قيداً للاقتناع الذي هو أصل العقد . فعلم به أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لا ستره به (قوله وحتى الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد . وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد) واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المقدس في حق الشفع لئلا يلزم تقرير الفساد

فاسدا ابتداء ، لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله ، ألا ترى أن النصرائي إذا اشترى من نصرائي دارا بخمر ولم يتناقضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإنه يفسد البيع وحق الشفع في الشفعة باق لأن فسادا بعد وقوعه صحيحا (قوله وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) يعني الأخذ بالشفعة . واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المقدس في حق الشفع كما لم يثبت في حق الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراه بشرط الخيار فثبت البيع في حقه بلا منسد ليصل إلى حقه ، ولا يلزم تقرير الفساد . وأجيب بأن فساد البيع إنما ثبت لمعنى راجع إلى العوض ، إما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجفل الخمر ثمنا ، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد . وما يلزم من فرض علمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مقدس . وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار . وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) جواب عما يقال : احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة . وتقرير الجواب أن مشتري ذلك صار أخص بالبيع تصرفا حيث يتعلق بتصرفه الفسخ والإجازة . وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بينهما ، وفي الفساد المشتري ممنوع عن التصرف فيه . والحاصل أن الفسخ وإن كان محتملا فيها لكن في الخيار للمشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال بإسقاطه ، وفي الفساد لا يملك لأنه ممنوع عن التصرف . واعترض بأننا لانسلم أنه ممنوع عن التصرف ، بل له أن يبيع بيعا صحيحا ولا يبيعه لبايعه حتى القرض ، وفيه تقرير الفساد أيضا . وأجيب بأننا لانسلم أن له ذلك بل هو منهي عنه ، وقد يترتب على المحظور من الأحكام كالوطء حالة الحيض فإنه يحل المرأة على زوجها الأول ، وتقرير الفساد المأمور بنقصه من الشرع ممتنع ، وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف إلى الشرع . وأرى أن قوله وحتى الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقريره له كان كافيا ، وورود الخيار للمشتري كان يتدفع بقوله لدفع الفساد . فإن الفسخ فيه وإن كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد ، ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة إلى أن الشفعة تستحق على المالك يملك غير محظور أو على من صار أحق بالبيع تصرفا ، والمشتري بالخيار إن لم يكن مالكا فهو أحق بالتصرف ، والمشتري شراء فاسدا ليس منهما . فإن سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبئاء والغرس عند أبي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت

(قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ) أقول : حتى أسلما أو أسلم أحدهما (قوله يعني الأخذ بالشفعة) أقول : الأظهر يعني إثبات حق الشفعة (قوله فلو أسقطنا العوض لفساد فيه الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لا حاجة إلى إسقاط العوض ، بل يكفي إسقاط الشرط كما في خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتدبر (قوله وما يلزم) أقول : وهو الفساد هلكتا (قوله من فرض علمه وجوده) أقول : فيه بحث (قوله واعترض بأننا لانسلم أنه الخ) أقول : لفظ الأخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض ، فإنه لا يبيح تصرف البايع فيما إذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع الفاسد فليأمل ، فإن قوله في الفساد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستئلال (قوله وأجيب بأننا لانسلم أن ذلك) أقول : ظاهره مقابلة المنع بالنفع فلا بد أن يحصل السؤال على المازمنة ، وقوله لانسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة الخ) أقول : ونستظهر أيضا ، وقد سبق مثله في هذا الباب ، ثم قواه أتى بالسؤال يعني فسادا .

وجبت الشفعة لزوال المانع ، وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه ، وإن ساهما إلى المشتري فهو شفعيها لأن الملك له . ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما إذا باع ، بخلاف ما إذا سلم بعده لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه ، وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة ، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا .

وإن ثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفع . ولجيب عنه بأن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض ، إما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنًا ، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقاء البيع بلا ثمن وهو فاسد أيضًا فلا يمكن انفكاك البيع عن فساد فلا تثبت الشفعة هناك . وأما الخيار فلما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين ، إذ هو للتأمل والرتوى . فإسقاطه في حق الشفع لا يلزم الفساد ، فإن البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار ، هذا زيلة ما في الشروح . وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقاء البيع بلا ثمن حيث قال : فيه بحث . إذ لا حاجة إلى إسقاط العوض . بل يكفي إسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر اه . أقول : ليس هذا بشيء . لأن شيئًا من إسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون إسقاط نفس العوض مما لا يتصور . أما الأول فلأن إسقاط الشرط المفسد الراجع إلى العوض في عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي إسقاط نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه . وأما إمكان عدم إسقاط ما يصلح لأن يكون عوضًا في مطلق البيع فغير مفيد ، لأن الشفع إنما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذي أخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن . وأما الثاني فلأن اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن ، لأن مثل الخمر ليس بمال متقوم عند أهل الإسلام . فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له . وأما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقومًا عندهم . لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع . والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى

الشفعة لزوال المانع (وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فلبائع الشفعة لبقاء ملكه ، وإن سلمها إلى المشتري فهو) أي المشتري (شفعيها ، لأن الملك له) لا يقال : في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد . لأنها تقول : المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة . بخلاف ما تقدم ، فإنه لو ثبتت الشفعة ثم انتقل الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفع بوصف الفساد ، وفي ذلك تقريره فلا يجوز . فإن قيل : الملك وإن كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما يثبت به حق الشفعة . وهو المشتري شراء فاسدا ، فإن بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد . أجب بأن ذلك مجردعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة ، كقيام حق المرتن في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة لراهن إذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفع عن الأخذ في تلك المسئلة لم يكن مجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ، ولا تقريرها هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم إن سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما إذا باع بخلاف ما إذا سلم بعده) لأن بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفع بعد الحكم بها ليس بشرط (وإن استردها) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ، ولا تثبت الشفعة للبائع لأنه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا (وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم

قال (وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطابقة . قال (وإذا اشترى دارا فسلم الشفع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار روية أو شرط أو بيع بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في إنشاء العقد . ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه (وإن ردها ببيع بغير قضاء أو تقايلا البيع فالشفيع الشفعة) لأنه فسخ في حقهما لولايتها على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث . ومراده الرد بالعيب بعد القبض لأن قبضه فسخ من الأصل وإن

للإيراد المذكور أصلا (قوله وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية : ولأنها لو وجبت لوجب للمقاسم لكونه جارا بعد الإفراز وهو متعذر اه . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأن كون المقاسم جارا بعد الإفراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لأن سبب استحقاق الشفعة إن لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الإفراز الذي يزول به ملك كل واحد من المتقسمين عن الجزء الشائع في حصص الآخر . وأما ثانيا فلأنه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لأجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذي يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم الترتيب . وقال صاحب غاية البيان : ولأنه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لأنه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اه . أقول : فيه نظر أيضا . أما أولا فلأن المقاسم إنما كان شريكا قبل الاقتسام . وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك . وأما ثانيا فلأن تقدم الجار على الشريك إنما يتصور ويطلب لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة . وأما إذا لم يثبت له حقها لمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك . ألا ترى أنه إذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في أوائل كتاب الشفعة ، ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فاطنك فيما نحن فيه (قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض) قال جماعة من الشراح : أي مراد القدرى في قوله أو بيع بقضاء قاضى الرد بالعيب بعد القبض ، ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث

بالشفعة ليس بشرط . قال (وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز (ولهذا يجري فيها جبر القاضى والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة) ولأنها لو وجبت لوجب للمقاسم لكونه جارا بعد الإفراز وهو متعذر (وإذا اشترى دارا فسلم الشفع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار روية أو خيار شرط أو بيع بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه) ولا فرق في هذا : يعني فيها إذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه . وأما إذا ردها ببيع بغير قضاء فإما أن يكون قبل القبض أو بعده ، فإن كان الأول فلا شفعة لأنه فسخ من الأصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضى ، وإن كان الثاني وهو مراد القدرى ففيها الشفعة على ما ذكره في الكتاب . قال الشارحون : قوله ومراده : أي مراد القدرى في قوله أو بيع بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض . وفيه نظر لأنه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه ، وإنما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما ، وأما رواية الكسرفعناها . ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار روية لما ذكرنا أنه فسخ من الأصل ، وأما رواية الفتح فقد أثبتنا الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير ، ومعناها : لاشفعة ولا خيار روية في قسمة ، لأنه لو رده بخيار الروية وهو متمكن من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة ، وفيه نظر سيعلم . وأنكر فخر الإسلام كالصمد الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والإمام قاضيهان في شرح

كان بغير قضاء على ما عرف . وفي الجامع الصغير : ولا شفعة في قسمة ولا خيار روية . وهو بكسر الراء . ومعناه : لاشفعة بسبب الرد بخيار الروية لما بيناه . ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الروية وخيار الشرط لأتبعها يثبتان للحال في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا . وهذا المعنى موجود في القسمة ، والله سبحانه أعلم .

قال : قال الشارحون قوله ومراده : أي مراد القدوري في قوله أو يعيب بقضاء قاضي الرد بالعيب بعد القبض . وفيه نظر لأنه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه اه . وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية : وفيه كلام . وهو أنه يمكن أن يقال : مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتأمل اه كلامه . يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين إن مراد صاحب الهداية بحمل قول القدوري أو يعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو . فإن الرد قبل القبض لما كان فسحاً من الأصل لم يثبت به له حق الشفعة أصلاً سواء كان بقضاء أو بغير قضاء . فلم يكن المراد بقوله أو يعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض . وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيها إذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا فيما سبق . أقول : الحق أن مراد صاحب الهداية ما ذهب إليه صاحب العناية ، وأن ما ذكره ذلك البعض ساقط . أما الأول فلأنه لو كان مراده ما ذهب إليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري وإن ردّها يعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم ردّها المشتري بخيار روية أو شرط أو يعيب بقضاء قاض . وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له درجة بأساليب كلام الثقات سيما المصنف . وأما الثاني فلأن عدم ظهوره فائدة التقييد بالقضاء بالنظر إلى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري أو يعيب بقضاء قاض عاماً شاملاً لصورتي القبض وعدمه ، لأن ظهور فائدة التقييد بالنظر إلى بعض أفراد الكلام العام كاف . فيكون ذلك الكلام المتعبد بذلك التعبد مصوناً عن اللغو وغير محلّ وعمومه فرداً آخر أيضاً ، إذ لم يكن التقييد منافياً لعموم ذلك الفرد الآخر . وهاهنا كذلك فإن القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضاً . غاية الأمر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة إنما يظهر فيما بعد القبض تأمل توقف .

الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما إذا كانت التركة مكيلاً أو موزوناً من جنس واحد لأن الرد فيه بخيار الروية غير مفيد لأن نصيبه في القسمة الثانية إما أن يكون غير ما وقع في الأولى أو مثله . ولا فائدة فيه . فأما إذا كانت عقاراً أو غيره فإلزامهم إذا اقتسموا ثانياً بما يقع نصيبه فيها يوافقه فيكون مفيداً ، والله أعلم .

(باب ما يبطل به الشفعة)

قال (وإذا ترك الشفع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لإعراضه عن الطلب وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد

(باب ما يبطل به الشفعة)

لما كان بطلان الشيء يقتضى سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله وإذا ترك الشفع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب) فإن قيل : جعل ترك الإشهاد هاهنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الإشهاد ليس بلازم ، وإنما هو لنفي التجاحد ، وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها أن الإشهاد ليس بشرط ، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط . حتى لو أنكر المشتري هذا الطاب يتمكن الشفع من إثباته لآلته شرط لازم . ولما لم يكن الإشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فوجه التوفيق بينهما ؟ قلنا : يحتل أن يريد بهذا الإشهاد نفس طلب الموائمة ، ولكن لما كان طلب الموائمة لا يتحقق عن الإشهاد في حق علم القاضي سمى هذا الطلب إشهادا ، والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائمة مثل ما ذكره من التعليل هاهنا . وكذا في النهاية ومعراج الدراية . واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الإشهاد المذكور هاهنا بطلب الموائمة حيث قال : وإذا ترك الشفع الإشهاد : أى طلب الموائمة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية . وفسره صاحب العناية أيضا بما فسراه به ولكن قال بعده : وإنما فسرنا بذلك لتلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الإشهاد ليس بشرط . فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله . ويعضده قول المصنف من قبل : والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائمة ، وقوله هاهنا لإعراضه عن الطلب إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل ، لأن جعل قول المصنف هنا لإعراضه عن الطلب عاضدا : أى معينا لكون المراد بالإشهاد المذكور في الكتاب هاهنا نفس طلب الموائمة صحيح ، إذ لو كان الإشهاد هاهنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لإعراضه عن الإشهاد دون أن يقال لإعراضه عن الطلب . وهو الذى أشار إليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائمة

(باب ما يبطل به الشفعة)

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج إلى بيان وجه . اعلم أن تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح وبعده يصح علم الشفع بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط إليه هذا الحق أو لم يعلم ، لأن تسليم الشفعة إسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط ، والمسقط إليه كالإطلاق والعائق (قوله وإذا ترك الشفع الإشهاد حين علم) يعنى طلب الموائمة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته . وإنما فسرنا بذلك لتلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الإشهاد ليس بشرط . فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله . ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة : أى طلب الموائمة . وقوله هاهنا لإعراضه عن الطلب ، وهذا يعنى اشتراطه بالقدرة (لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالإعراض يتحقق عند القدرة ، حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب الموائمة فهو على

(باب ما يبطل به الشفعة)

(قال المصنف : وإذا ترك الشفع الإشهاد حين علم بالبيع الخ) أقول : قوله حين علم إشارة إلى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور غلظ ، ما أشار إليه في باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعنى طلب الموائمة) أقول : يعنى ترك نفس طلب الموائمة مطلقا أشهد أولا .

المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم . قال (وإن صالح من شفّعه على عوض بطلت شفّعته وردّ العوض) لأن حق الشفّعة ليس بحق مقرر في المحل . بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط .

مثل ما ذكره من التعليل هاهنا . وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة عاضدا أيضا لذلك فليس بصحيح ، إذ لا يذهب على ذى مسكة أن مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب الموائبة لا طلب التقرير . وليس مراده أن المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب الموائبة ، إذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد . والمفسر هاهنا بطلب الموائبة نفس الإشهاد فأين هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحدهما عاضدا للآخر (قوله وإن صالح من شفّعه على عوض بطلت الشفّعة وردّ العوض . لأن حق الشفّعة ليس بحق مقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه . ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وإن صالح من شفّعه على عوض بطلت الشفّعة وردّ العوض . أما بطلان الشفّعة فأين حق الشفّعة ليس بحق مقرر في المحل لأنه مجرد حق التملك . وما ليس بحق مقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه . وأما ردّ العوض فلأن حق الشفّعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط : يعنى الشرط الملائم . وهو أن يتعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال ، مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار إن أجزتها أو أعتبتها . فبالفاسد وهو ما ذكر في المال أولى اه كلامه . أقول : هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح . لأنه وزع تعليل المصنف بقوله لأن حق الشفّعة ليس بحق مقرر

شفّعته . وكذا إن طلب الموائبة وترك طلب التقرير والإشهاد على ما أوضحه فيما تقدم (وإن صالح من شفّعه على عوض بطلت الشفّعة وردّ العوض) أما بطلان الشفّعة فلأن حق الشفّعة ليس بحق مقرر في المحل لأنه مجرد حق التملك . وما ليس بحق مقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه . وأما ردّ العوض فلأن حق الشفّعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط : يعنى الشرط الملائم وهو أن يتعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار إن أجزتها أو أعتبتها (فبالفاسد) وهو ما ذكر في المال (أولى) والفاصل بين الملائم وغيره أن ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالإجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم ، لأن الأخذ بالشفّعة يستلزمه ، وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم لأنه إضرار عن لازم الأخذ ، وإذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الإسقاط بطل الشرط وصح الإسقاط . لا يقال : لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به . لأننا نقول : ثبت بالدليل الأول فصح به الاستدلال . وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفّعة ، لأن ذلك على وجهين : أحدهما أن يصلحه على أخذ نصف الدار بنصف

(قوله فلأن حق الشفّعة ليس بحق مقرر) أقول : على هذا التقرير لا يوجد شرط إنتاج الشكل الأول إلا أن تجعل الصغرى موجبة سائبة المحمول ، والأحسن أن يقرر حكما حق الشفّعة ليس بحق مقرر ، وكل حق يصح الصلح عنه حق مقرر حتى يكون من الشكل الثاني (قوله وأما ردّ العوض فلأن حق الشفّعة الخ) أقول : والخ عنى أن قوله لأن حق الشفّعة دليل على ردّ العوض . وفواه ولا يتعلق إسقاط الخ على بطلان الشفّعة على عكس ما قرره الشارح ، وعليه بالتأمل وكذا الحاكم الفيصل . ثم قوله إسقاط سببا ، وقوله لا يتعلق الخ غيره (قوله وهو أن يتعلق إسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول : لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفّعتي فيها اشتريت على أن تسقط شفّعتك فيما اشتريت ملائم على ما ذكره من التفسير وغير ملائم على ما ذكره في بيان الفاصل فليتأمل (قال المصنف : فبالفاسد أول) أقول : وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال . فإن قلت : متى ثبت نساده . قلت : في الدليل الأول فليتأمل (قوله ونحوها فهو ملائم) أقول : كالزراعة والمعاملة (في قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول : إذا كان المراد بالفساد عدم اللامعة لا يتوجه السؤال (قوله لأننا نقول : ثبت بالدليل الأول) أقول : دلالة الدليل الأول على فساد كلا الشرطين لاثنائهما فقط تأمل (قوله إذا كان لي بعض الدار صح) أقول : لأن بعض الشيء لا يكون عوضا عنه .

في المحل الخ إلى قوله بطلت الشفعة وإلى قوله وردّ العوض ، فجعل قوله لأن حق الشفعة إلى قوله فلا يصح الاعتراض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة ، وجعل قوله ولا يتعلق إسقاطه الخ دليلا على قوله وردّ العوض بطريق ألف والنشر المرتب . ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل أن حق التوزيع على عكس ذلك ، وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد إليه جدا الضريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع : أعنى قوله فلا يصح الاعتراض عنه في الأول وقوله فيبطل الشرط ويصح الإسقاط في الثاني تبصر . واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط قبل الفساد أولى حيث قال : ولنا فيه نظر ، لأن إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ، ألا يرى إلى ما قال محمد في الجامع الكبير : لو قال الشفع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره ، أو قال لا يبيع سلبا لك إن كنت بعبا لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفع علق التسليم بشرط ، وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والتناق ولهذا لا يرتدّ بالرد ، وما كان إسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك إلا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم . قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية : قالت : استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه : فإن قيل : إذا لم ينب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضا ، لأنه إنما أبطل حقه بشرط سلامة العوض ، فإذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كما في الكفالة إذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يرثه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة . قيل له بأن المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالحرم والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ونعمة يقع الطلاق ويسقط القصاص إذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء . وكذا هنا . وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكل ذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط ، وكتاب الكفالة والحالة من المبسوط في رواية أبي حفص ، وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط في رواية أبي سايان لا يبرأ ، ويحتاج إلى الفرق ، والفرق أن حق الشفع قد سقط بعوض معنى فإن الثمن سلم له ، فإنه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فتي سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بإزاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلا فلا يسقط حقه في الكفالة . ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور إلى هنا لفظ شرح المعين . أقول : لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المعين الجواب عن النظر المزبور ، بل لا مساس له بذلك لأن ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المعين متعلق بأصل المسئلة ، والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فأحدهما بمنزلة عن الآخر ، كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولا كلام الشيخ أبي المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال : وأورد الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع سوّالا وجوابا في هذا الموضع . قال : فإن قيل : إذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفعتة أيضا إلى آخر كلامه . ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى ، ولم يجب عنه فينبها يون لا يخفى . ثم قال صاحب العناية : وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لأن ذلك على وجهين : أحدهما أن يصلحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن ، وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض . والثاني أن يصلحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن . والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الإعراض . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأننا لانسلم أن في قوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة ، إذ لا يتصور إشارة قوله المذكور إلى ذلك إلا بطريق مفهوم المخالفة ، ولا شك أن مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض ، وهويم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا ، إذ لا يصلح شيء . منها لأن يكون عوضا فيعتبر الصلح الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض . والثاني أن يصلحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن ، والصلح فيه لا يجوز لأن

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا، بخلاف القصاص لأنه حق متقرر، وبخلاف الطلاق والعناق لأنه اعتياض عن ملك في المحل. ونظيره إذا قال للمخيرة اختاري بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض، والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية. وفي أخرى: لا تبطل الكفالة ولا يجب المال. وقبل هذه رواية في الشفعة، وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه. قال (وإذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعي: تورث عنه. قال رضي الله عنه: معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة. أما إذا مات

في جميع هذه الصور بلا عوض، وأن مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة وردّ العوض يعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا. فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما. نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعينات. لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب إليه كما ادعاه صاحب العتابة. وأما ثانيا فلا نحتاج لتعليل جواز الصلح في الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الإعراض مما لا يكاد يتم. لأن فقد الإعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لمخالفة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه. فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الأول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا)

حصته مجهولة وله الشفعة لنقد الإعراض. قوله (وكذا لو باع شفعته) يعني أنها تبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان إعراضا. فإن قيل: حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعناق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح. أجاب بقوله بخلاف القصاص لأنه حق متقرر. والفصل بين المتقرر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر. واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص، فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص، وبالصالح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقرا، فأما في الشفعة فإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقرا: وبخلاف الطلاق والعناق لأنه اعتياض عن ملك في المحل. ونظيره إذا قال الزوج للمخيرة اختاري بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار، ولا يثبت العوض لأنه مالك لبعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة. والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية كتاب الشفعة والحالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص. وقيل وعليه الفتوى: ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط إلا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت، وتام الرضا إنما يتحقق إذا وجب المال. وأما حق الشفعة فليس كذلك لأنه يسقط بالسكوت بعد العلم به. وقيل هذه الرواية: أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال (وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط. قال (وإذا مات الشفيع بطلت شفعته الخ) إذا طلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطليين ثم مات قبل الأخذ، فلما أن يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم

(قال المصنف: وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أقول: يعني آتفا وأنت تعلم أن ما بينه وبينه ليس بمال المسمى هاتما، إذ لا إسقاط في البيع فلا به من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقرا) أقول: يعني كان القصاص حقا متقرا (قوله فأما في الشفعة فإن المشتري الخ) أقول: فيه بحث، إذ حق الشفعة إنما يثبت للشفيع لا للمشتري، وذلك تغيير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمثل ثمنه. وبعبارة أخرى إن الدار كانت مباحة لملك جبرا بمثل ثمنه، وبالصالح خرجت عن كونها كذلك فليتنازل فيه فجوابه غير غنى (قوله ووجهه أن حق الكفيل في الطلب الخ) أقول: ولعل الإضافة لأدنى ملازمة. والمضى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت)

بعد قضاء القاضى قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته . وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط وقد مر فى البيوع . ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرطا فلا يستوجب الشفعة بكونه (وإن مات المشتري لم تبطل) لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، ولا يباع فى دين المشتري ووصيته ، ولو باعه القاضى أو الوصى أو أوصى المشتري فيها بوصية فالشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه لهما ينقض تصرفه فى حياته . قال (وإذا باع الشفع ما يشفع به قبل أن ينقض له بالشفعة بطلت شفيعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشرائه المشفوعة كما إذا سلم صريحا أو إبراء عن الدين وهو لا يعلم به ، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال فى الاتصال . قال (ووكيل البائع إذا باع وهو الشفع فلا شفعة له ، ووكيل المشتري إذا ابتاع فله

أشار به إلى قوله لأن حق الشفعة ليس بحق مقرر فى الحل ، بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتراض عنه . كذا فى الشروح . قال بعض الفضلاء : وأنت تعلم أن ما بينه لا يبنى بتمام المدعى هنا ، إذ لا إسقاط فى البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى . ا . اقول : نعم لا إسقاط فى البيع الحقيقى ، وأما مانع فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس يبيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله لأن حق الشفعة ليس بحق مقرر ، إلى قوله فلا يصح الاعتراض عنه ، فإنه إذا لم يصح الاعتراض عنه لم يكن

المشتري إليه أو بعد ذلك ، فإن كان الأول بطلت شفيعته وليس لورثته أن يأخذوها ، وإن كان الثانى فلهم ذلك . وقال الشافى : الأول كالثانى بناء على أصله أن الحقوق تنقل إلى الورثة سواء كانت مما يعرض عنها أو لم تكن ، لأن الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته . وقلنا : الشفعة بالملك وقد زال بالموت ، والذى يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانقضاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء ، ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع تسقط ، وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط فى أن الثابت للشفيع حتى أن يملك والخيار بين الأخذ والترك ، وإن مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار فى دين المشتري ووصيته) أى لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفع ، لأن حق الشفع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهة أيضا وهو الغريم والموصى له . فإن باعها القاضى أو وصيه فى دين الميت فالشفيع أن يقضيه كما لو باعها المشتري فى حياته . لا يقال : بيع القاضى حكم منه فكيف ينتقض بأنه قضاء منه بخلاف الإجماع للإجماع على أن للشفيع حتى تنقض تصرف المشتري فلا يكون نافعا ، وإذا باع الشفع ما يشفع فيه قبل القضاء بها . فلما أن يكون يانا أو بالخيار له ، فإن كان الأول بطلت شفيعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أى ولأن زوال السبب مبطل (يزول به) أى بالبيع ، وإن لم يعلم الشفع بشرائه المشفوعة لأن العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الإسقاط ، كما إذا سلم صريحا أو إبراء عن الدين ولا يعلم أن له ديناً وطولب بالفرق بينها ، وبين ما إذا ساءم الشفع المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه ، فإن علم بالشراء سقطت وإلا فلا . وأجيب بأن المساومة والإجارة لم يوضعا للتسليم ، وإنما تسقط بها لدلالته على رضا الشفع والرضا بدون العلم غير متحقق ، بخلاف التسليم الصريح والإبراء ، ورد بأن بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وإن لم يعلم . وأجيب بأن بقاء ما يشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وانقضاء الشرط يستلزم انقضاء المشروط فكان كالوضع له فى قوة الدلالة ، وإن كان الثانى لم تبطل شفيعته لأن الخيار يمنع الزوال فى الاتصال . قال (ووكيل البائع إذا باع وهو الشفع فلا شفعة له الخ) ذكر الأصل وهو أن من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع

أقول : أى بسقوط الطالب (قال المصنف : ولأنه بالموت يزول ملكه) أقول : عطف على المتي كانه قال لما مر فى البيوع ولأنه (قوله لأن العلم بالمسقط الخ) أقول : لعل المراد العلم بالمسقط لوصف كونه مسقطا (قوله وإن كان الثانى الخ) أقول : مسطوف إلى ما تقدم بآنية أسطر تخميناً وهو قوله فإن كان الأول بطل شفيعته لزوال السبب (قوله وهو الشفع) أقول : وهو راجع إلى قوله رجلا (قال للمصنف : ووكيل المشتري إلى قوله : لا شفعة له) أقول : قال فى غاية الوقاية : من باع عقارا وهو شفيعه كالوكيل بالبيع أو ببيع له

الشفعة) والأصل أن من باع أو بيع لاشفعة له : ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة . لأن الأول يأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع ، والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفع فلا شفعة له) وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره فأبطل المشروط له الخيار البيع وهو الشفع فلا شفعة له . لأن البيع تم ببله ضائه . بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال (وإذا بلغ الشفع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بمحطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لأنه إنما سلم لاستكمال الثمن في الأول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني إذا الجنس مختلف ، وكذا كل مكمل أو موزون أو عددي متقارب ، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألفا أو أكثر ، لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنائير ، وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له ، وكذا إذا كانت أكثر . وقال زفر : له الشفعة لاختلاف الجنس . ولنا أن الجنس متحد في حق الثمنية .

يبعا حقيقيا لأنه من المعاضات المالية ولم يكن أيضا شيئا من المعاضات أصلا فلا جرم كان إسقاطه به المطلوب هنا . وعن هذا قال في المبسوط : لو باع شفعة بمال كان تسليما ، لأن البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يختل التملك فيصير كلامه عبارة عن الإسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها (وقوله وإذا بلغ الشفع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بمحطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية : تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد ، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا . لأن إطلاق ما ذكره في المبسوط والإيضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط : وكذلك لو أخبر أن الثمن عِد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكبلا أو موزونا فهو على شفعة ولم يتعرض أن قيمة المكمل والموزون أقل من قيمته التي اشترى بها أو أكثر ، وكذلك تعليله دال عليه ، وكذلك ما ذكره في الإيضاح من الإطلاق والتعليل دال عليه ، وهكذا أيضا استدل في النخبة بما ذكره في المبسوط وقال : فلو أخبر أن الثمن شيء

أو بيع له كرتب المال إذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفعها فلا شفعة له . ومن اشترى لوكيل المشتري أو اشترى له كالوكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب . وهو أن الأول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع ، والثاني ليس كذلك لأن أخذه بالشفعة كالشراء في كونها رغبة في المشفوعة والشفعة إنما تبطل في الرغبة عنها (وكذلك أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البائع وهو الشفع فلا شفعة له . لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرش المشتري إلا بضمانه فكان الأخذ بالشفعة سعيًا في نقض ما تم من جهته (وكذا إذا باع وشرط الخيار لغيره الخ) وإذا بلغ الشفع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بمحطة أو شعير قيمته ألف أو أكثر فتسليمه باطل وهو على شفعة . أما في الأول فلا لأنه إنما سلم استكمالًا بالثمن المذكور ، فإذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه . قال في النهاية : كأنه قال : سلمت إن كان الثمن ألفا أراد أنه تسلم مشروط بشرط فيفتي بانتهاء شرطه . وفيه نظريسياتي . بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف . فإن مستكثر الألف أكثر استكمالًا للأكثر فكان التسليم صحيحا . وأما في الثاني فلا لأنه ربما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به ، إذ الجنس مختلف . قال في النهاية : تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد . فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالأولوية ، فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى

كرب المال إذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفعها فلا شفعة له . ومن اشترى كوكيل المشتري أو اشترى له كالموكل بالشراء فله الشفعة الخ (هـ) كلامه . معناه الموكل بالشراء إذا كان شفعيا لدار المشفوعة ، وإن كان الآخر الأدنى منه سقط به . وإن ساءل تناصفا (قوله وتكلف لذلك كثيرا الخ) أقول : هذا لا ينفذ كلام صاحب النهاية ، فإنه لا كلام في إيهام هذا التقييد من أول الرولة ما ذكره ، فالأول هو الإطلاق .

قال (وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لأن التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة ، وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه .

هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكبلا أو موزونا فهو على الشفعة ، هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي . ثم قال : فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا ظهر أنه مكبل أو موزون فهو على شفعته على كل حال إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب العناية : قال في النهاية : تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد ، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالأولوية ، فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح إذا ظهر أقل أولى اه . أقول : ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد ، فإنه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما إذا كان قيمتها ألفا أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفا . أو أكثر غير مفيد قطعا ، فإن لم يكن غلا بناء على إيهامه في بادئ الرأي تقييد الحكم أيضا فلا أقل من كونه مستدركا ، وإن عد السلوك مسلك الدلالة بالأولوية مع كونه أمرا مبهما في هذا المقام كنى أن يقال قيمتها أكثر فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح فيما إذا ظهر أقل منه أو مساويا له أولى فلا تخلف من استدراك أحد القيدين (قوله وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعني لتفاوت الناس في الجوار ، فالرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار ذاك كذا في الكافي . قال محمد رحمه الله عليه في الجامع الكبير : لو قال الشفعي سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفعي علق التسليم بشرط . وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك إلا بعد وجوده اه . وقال صاحب العناية هاهنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع : وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق إسقاطه بالخاص من الشرط فبالفاسد أولى اه ولا يخفى أن كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذي أورده الشارح

فلأن لا يصح إذا ظهر أقل كان أولى ، وكذا كل مكبل أو موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى المكبل ، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بمرض قيمته ألف أو أكثر . لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كما لو قيل يبعث بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ، ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم ، وإن ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له . وقال زفر : له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التضاضل بينهما . ولنا أنها جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متميزة عادة (وإذا قيل للشفعي إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره . قال محمد رحمه الله في الجامع : لو قال الشفعي سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفعي علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق ، لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعناق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الأبدع وجوده ، وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ، ولا يتعلق إسقاطه بالخاص من الشرط فبالفاسد أولى . وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي يوسف على عكس هذا ، لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف ، وقد تكون حاجته إلى النصف ليم به مرافق ملكه ولا يحتاج إلى الجميع .

(قوله وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول : وأنت غير بأنه فرق ما بين شرط وشرط ، فاسبق كان من الشروط التي تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا ، بخلاف ما ذكر هاهنا فإنه إذا لم يتمتع الشفعي أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الإعراض ، إذ لاقدرة له لأخذه ، وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل .

(فصل)

قال (وإذا باع دارا إلا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفيع له) لا تقطاع الجوار ، وهذه حيلة ، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا . قال (وإذا ابتاع منها سهما ضمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني) لأن الشفيع جار فيها ، إلا أن المشتري في الثاني شريك فيقدم عليه :

الإتافي فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه ، وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك . وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال : وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط ، فاسبق كان من الشروط التي تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا ، بخلاف ما ذكر هنا فإنه إذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الإعراض . إلا لا قدرة له على أخذه ، وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل اه كلامه . أقول : هذا ليس بسديد . لأن حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الإعراض ، وحمل الشرط المذكور في كلام الإمام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على الإعراض . ولا يخفى على النظم أن شيئا من كلامهما لا يساعد ذلك أصلا . أما كلام المصنف فلأنه قال : ولا يتعلق إسقاطه بالجائر من الشرط قبل الفاسد أولى ، ولا شك أن أولوية عدم تعلق إسقاطه بالفاسد من عدم تعلق إسقاطه بالجائر من الشرط إنما تظهر إذا كان المراد بالشرط الجائر جنس الشرط الجائر لا الشرط الجائر المخصوص لجوار أن يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك في الفاسد ، وأما كلام الإمام محمد فلأنه قال : لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعناق فصحت تعليقه بالشرط . ولا يخفى أن ما يفرغ على كون تسليم الشفعة إسقاطا محضا إنما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين . ساء الشرط الذي لا يدل على الإعراض ، فإن كونه إسقاطا يقتضي الإعراض دون عدم الإعراض . تأمل تقف .

(فصل)

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال علم تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به . وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتجج إلى بيانه . كذا في العناية وغيرها . ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه أن البائع يخرج المبيع من يده ولملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فاحتجج إلى استعمال الحيلة لإسقاط شفيعته ؟ تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال : قول صاحب العناية يتأذى به في قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به بأن قال في استيفاء الثمن . وقال : ويجوز أن يقال ذلك فيما إذا كان للبائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبراه . أقول : الأظهر عندي أن يقال المقصود من إسقاط شفيعته مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع تأذى الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق . لادفع مجرد تأذى نفس البائع . ولا يذهب عليك أن هذه

(فصل)

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال علم تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به . وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتجج إلى بيانه ، وكلامه واضح . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لا تقطاع الجوار . وقوله (إلا أن المشتري في الثاني شريك) لأنه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الأول ،

(فصل : وإذا باع دارا)

(قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به) أقول : في استيفاء الثمن ، ويجوز أن يقال ذلك فيما إذا كان البائع دار أخرى وراء

فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهما مثلا والباقي بالباقي ، وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لأنه عقد آخر ، والثمن هو العوض عن الدار . قال رضى الله عنه : وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته ، إلا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به . والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير . قال (ولا تكره الحيلة

القائدة مما تتحقق في كثير من الصور ، بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر) قوله والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير) قال صاحب النهاية : وبين ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيهان فقال : ومن الحيلة أنه إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسة ويقبض بالباقي عشرة دنائير أو أقل أو أكثر ، فلو أراد الشفيع أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ، ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا ، وإنما يرجع بما أعطاه لأنه إذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف اهـ . واقفى أثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيهان ، إلا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف حيث قال : وقوله والأوجه الخ تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم إلى آخر ما ذكر في النهاية معزيا إلى فتاوى قاضيهان . أقول : لا يذهب على ذى فطنة أن معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيهان . وفي الشرحين المزبورين : فإن معنى كلامه أن يباع بكل الدرهم التي هي الثمن دينار ، ومعنى ما ذكر فيها أن يقبض بعض ثمنها ويبيع بالباقي دنائير ، وعن هذا قال المصنف فيها إذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لاغير . وقالوا ثمة لا يرجع المشتري بعشرين ألفا ، وإنما يرجع بما أعطاه . نعم كلا العيين مشتركان في أن يعما الجوار والشركة وأن لا يضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم دجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه ، فلا يصلح أحدهما لأن يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تكره الحيلة

واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار . وقوله (فإن أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة . والأولى ترجع إلى إبطال حق الشفعة . وقوله (إلا إذا استحققت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى : يعنى أنها حيلة عامة ، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لأنه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار يتضرر به : أى رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار . وقوله (والأوجه الخ) تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة . ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه ، لأنه إذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف ، كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف . وقوله (ولا تكره الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه . فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليا لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة ، وهو مكروه

الدار المبيعة فتدبر (قوله واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه) أقول : قوله قبل متعلق بقوله شفعة ، والفسير في لكونه راجع إلى الجزء الأول ، والفسير في قوله ملكه راجع إلى المشتري (قوله تقريره إذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول : أنت غير بأن ما ذكره ليس تقرير لما في الكتاب ، بل ذلك التقرير حيلة أخرى تتم الجار والشريك على ما ذكره الإمام الزيلعي ، وتقدير ما في الكتاب على أن يدفع إليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة المقار فيكون صرفا بما في ذمته من الدرهم ، ثم إذا استحق المقار تبين أن لادين على المشتري فيبطل الصرف للاعتراف قبل القبض فيجب رد الدنانير لاغير فليأتمل .

في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكرهه عند محمد (لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أجنبنا الحيلة ما دفعناه .
ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضرراً ، وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة .

(مسائل متفرقة)

قال (وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفع أن يأخذ نصيب أحدهم . وإن اشترى رجل من خمسة
أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تنفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة
الضرر ، وفي الوجه الأول يقوم الشفع مقام أحدهم فلا تنفرق الصفقة . ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل
القبض أو بعده هو الصحيح . إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم يتقد الآخر حصته
كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين . بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع . وسواء
سمى لكل بعض ثمننا أو كان الثمن جملة . لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن ، وهاهنا تفريعات ذكرناها

في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكرهه عند محمد رحمه الله قال في العناية أخذنا من النهاية ومراجع الدراية : اعلم أن
الحيلة في هذا الباب إما أن تكون لرفع اليد عن الجواب أولدفعه . فالأول مثل أن يقول المشتري الشفع أنا أولها لك فلا حاجة لك
في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالإجماع . والثاني يختلف فيه . قال بعض المشايخ : غير مكروه عند
أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب . وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة . ومنهم من قال :
لأنكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف ، وإنما الخلاف في فصل الزكاة انتهى . أقول : في هذا التقرير شيء . وهو أنه

بالإجماع . والثاني يختلف فيه . قال بعض المشايخ : غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد رحمه الله . وهو الذي
ذكر في الكتاب ، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة . ومنهم من قال : لأنكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا
خلاف ، وإنما الخلاف في فصل الزكاة .

(مسائل متفرقة)

ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المهود في ذلك ، ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه ،
وألفاظه ظاهرة سوى ما تنبه عليه (قوله فيتضرر به) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة ضرر التشقيص . فإن
أخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل
ضرراً زائداً . وقوله (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار
وبعده . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القندوري . قال : روى عنه أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفع أن يأخذ
نصيب أحدهما قبل القبض ، لأن التملك يقع على البائع فتفرق عليه الصفقة . وإن أخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك
حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه . وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا تقدموا عليه من الثمن
ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع . وقوله (لأن العبرة
في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيها إذا كان المشتري واحداً والبائع اثنين واشترى نصيب
كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفع أن يأخذ نصيب أحدهما ، وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا

(مسائل متفرقة)

(قوله يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً) أقول : يعني على الأخذ (قوله فتفرق عليه الصفقة الخ) أقول : وجوابه أن يجب للجميع

في كفاية المنهي . قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للمشتري أو يدع) لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة ، والشفع لا ينقض القبض وإن كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع ، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه ، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفع نقضه . لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفع كما ينقض بيعه وهبته . ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفع بأخذ النصف الذي صار للمشتري في أى جانب كان وهو المروى عن أبي يوسف . لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة . وعن أبي حنيفة أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبتى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر . قال (ومن باع دار وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة . وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء . وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للرماء . بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ، ولا شفعة لمن يبيع له . قال (وتسليم الأب والوصى الشفعة على الصغير جائز

إما أن يراد بالإجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالإجماع ، والثاني مختلف فيه لإجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة أو إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية . وأياً ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب . أما على الأول فلأن القطع يكون الثاني مختلفاً فيه لا يكون تاماً حينئذ . لأن اختلاف الاجتهاد في الثاني إنما كان على قول بعض المشايخ من الرواة . وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وإنما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كما ذكره . وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشايخ غير مكروه الخ ، فلأن القطع يكون الأول مكروهاً لا يصح حينئذ لأن خمس الأئمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتياط في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالمرور من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لإبطال حق الشفعة : لا بأس به ، أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه ، وكذلك

العيب حيث اشترى كذلك . وأما بيان تفريق الصفة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للمشتري أو ترك) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع إلى البائع حتى أخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة ، والشفع لا ينقض القبض) ليعيد الدار إلى البائع (وإن كان له فيه نفع بعود العهدة إلى البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه ، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه) فإن للشفع نقضه (لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم) فإنه لم يمر بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع . بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة ، وللشفع أن ينقض المبادلة كالبائع وغيرها من التصرفات كالهبة (وإطلاق الجواب في الكتاب) أى في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفع النصف الذي صار للمشتري (يدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أى جانب كان ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر . قال (وتسليم الأب والوصى الشفعة) قد ذكرنا أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه ، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامه شرعاً في استيفاء حقوقه وهو الأب ثم وصيه ثم جده أبو أبيه ثم وصيه ثم الوصى الذي نصبه القاضي ، فإن لم يكن

إلى أن يستوفى جميع الثمن فلا يؤذى إلى تفريق اليد عليه (قوله فإنه لم يمر بين المتعاقدين) أقول : أى المتعاقبين (قوله قد ذكرنا أن الحمل الخ) أقول : لم يذكر الحمل فيما تقدم : يعنى في باب ما يجب فيه الشفعة

عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد وزفر رحمهما الله : هو على شفعية إذا بلغ) قالوا : وعلى هذا الخلاف إذا بائعهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة ، وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح . لمحمد وزفر أنه حتى ثابت للصغير فلا يملك أن يطلب كدبته وقوده . ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به . ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه ، ألا ترى أن من أوجب بيعاً للصبي صح رده من الأب والوصي ، ولأنه دائر بين النفع والضرر . وقد يكون النظر في تركه ليقبى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكه وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض . وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها . فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه . قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظراً . وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي ، وإن بيعت بأقل من قيمتها بحبابة كثيرة ، فمن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم منهما أيضاً ولا رواية عن أبي يوسف . والله أعلم .

بعد الوجوب إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار به وإنما قصده الدفع عن ملك نفسه . ثم قال : وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لإسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكاة انتهى . قال الإمام قاضيه خان في فتاواه . ذكر محمد رحمه الله عليه في الأصل : الحيلة في إسقاط الشفعة . ولم يذكر الكراهة . قالوا : على قول أبي يوسف لانتكراه . وعلى قول محمد تكن وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لانتكراه . وقال بعض المشايخ : تنكره الحيلة لإسقاط الشفعة بعد الوجوب لأنه احتيال لإبطال حق واجب ، وقبل الوجوب إن كان الجار فاسقاً يتأذى منه فلا بأس به . وقال الشيخ الإمام خمس الأئمة السرخسي : لا بأس بالاحتياط لإبطال حق الشفعة على كل حال . أما قبل وجوب الشفعة

أحد هؤلاء فهو على شفعية إذا أدرك فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد وزفر رحمهما الله : هو على شفعية إذا بلغ . قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في مجلس القاضي لأن الوكيل يطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة وعملها مجلس القاضي ، وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً . وعند محمد وزفر رحمهما الله : لا يصح منه التسليم أصلاً . وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روى أن محمداً مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافاً لأبي يوسف (لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حتى ثابت للصغير فلا يملك أن يطلب كدبته) وفي بعض النسخ كدبته بالنون ، والأول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية الميسر . لأنه قال : كالإبراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له (ولأنه شرع لدفع الضرر) وفي إبطاله إضراراً به . ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه في معنى التجارة لأنه يملك العين فيملكه . يوضحه أنه لو أخذها الولي بالشفعية ثم باعها من بائعها جاز . فكذلك إذا سلمها إليه بل أولى لسلامته عن توجه الهبة ، بخلاف البيع منه ، ووضحه بقوله (ألا ترى) وهو واضح . وقوله (ولأنه دائر) دليل آخر يفتضح الجواب عن الدية والقود ، لأن النظر في هذا قد يكون في تركه ليقبى الثمن على ملكه . بخلاف الدية والقود فإن تركهما ترك بلا عوض فيكون إضراراً به . وقوله (وسكوتهما كإبطالهما) لما كان ما ذكر من الدليل مختصاً بالتسليم أر دعه بقوله وسكوتهما كإبطالهما (لكونه دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها) أو الثمن اليسير من المثل (فإن بيعت بأكثر من قيمتها) بغبن فاحش (قيل جاز التسليم بالإجماع) يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لأنه تمحض نظراً . وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الأصح) لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم (كالأجنبي) فيكون الصبي على حقه إذا بلغ (وإن بيعت بأقل من قيمتها بحبابة كثيرة . فمن أبي حنيفة لا يصح التسليم) منهما . وإذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضاً لأنهما لم يريا تسليمها

(قوله وقال محمد وزفر رحمهما الله) أقول : خالف الشارع هنا ترتيب المروج (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة وعملها مجلس القاضي) أقول : يعني في محل الخصومة التـ

(كتاب القسمة)

القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة، لأن النبي عليه الصلاة والسلام باشرها في المغنم والموارث، وجرى

فلا شك : كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة ، وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيا ل أيضا لأنه احتيا ل لدفع الضرر عن نفسه لا لإضرار بالغير . فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا ، إلى هنا لفظ فتاوى قاضيان .

(كتاب القسمة)

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلا منهما من نتائج التصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة ، فأحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاء باع فوجب عنده الشفعة. هذا زبدة ما في عامة الشروح . وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك : أو لأن القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا إلى قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » والتي يقتضى سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة : والمتضادان يفرقان أبدا مع تقدم المثبت على المنى كما في الأمر والتهى والنكاح والطلاق انتهى . أقول : فيه بحث . لأن كون القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا إلى قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » إنما يتشكى على أصل الشافعى . فإنه لم يجوز الشفعة بالحوار ، واستدل عليه بالحديث المذكور : وأما على أصل أئمتنا فلا ، لأنهم جوزوا الشفعة بالحوار أيضا واستدلوا عليه بأحاديث أخر . وأجابوا عن استدلاله

إذا بيعت بمثل الثمن . فلأن لا يربا إذا بيعت بأقل بمحابة كثيرة أولى ، وإنما خص قول أبى حنيفة رحمه الله بالذكر لأن المحابة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغيرو . ولكن قال : لا يصبح التسليم في هذا لأن تصرفهما في ماله إنما يكون بالى هى أحسن ، وليس تركها هاهنا كذلك ، ولهذا المعنى أيضا خص قول أبى يوسف بقوله (ولا رواية عن أبى يوسف) لأنه كان مع أبى حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها ، والله أعلم بالصواب .

(كتاب القسمة)

أورد القسمة عقيب الشفعة لأن كلا منهما من نتائج التصيب الشائع ، فإن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ، ومع علمه باع ووجب عنده الشفعة . وقدم الشفعة لأن بقاء ما كان على ما كان أصل . وهى في اللغة : اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء . وفي الشريعة : جمع التصيب الشائع في مكان معين . وسببها طلب أحد الشركاء الاتضاع بتصيبه على الخلوص . وركنها ما يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المردوعات والعد في المعدودات . وشرطها أن لا تنفوت منفعتها بالقسمة : ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما ، وهى مشروعة في الأعيان المشتركة لأن النبي عليه الصلاة والسلام باشرها في المغنم والموارث وغير ذلك ، وجرى التوارث بها من غير نكير . ثم هى

(كتاب القسمة)

(قوله وقدم الشفعة للبح) أقول : أويقال قدم الشفعة لمعومها الشركة والحوار ، بخلاف القسمة . (قوله لأن بقاء ما كان على ما كان أصل) أقول : يعنى الشركة ، وأنت خير بأن في القسمة أيضا بقاء الملك .

التوارث بها من غير نكير . ثم هي لاتعزى عن معنى المبادلة . لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا . والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت . حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه . ولو اشترياه فافقسماه يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بنصف الثمن . ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر . ولو اشترياه فافقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بعد القسمة .

بالحديث المذكور بأن آخر الحديث وهو قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ليس ثابت . ولئن ثبت فمناه نفي الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق . فإن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة كالبائع فبين عليه الصلاة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها . وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية . ثا معنى بناء وجه المناسبة هاهنا على ما هو المريف هناك . ثم إن القول بأن الثمن يقتضى سبق الثبوت ينافى ما تقرر في المعقولات من أن السلب لا يقتضى وجود الموضوع ، وأن القول بأن المتضادين يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفي ممنوع : ألا ترى إلى قوله تعالى - وجعل الظلمات والنور - وقوله تعالى - خلق الموت والحياة - ونحو ذلك كيف تقدم المنفي هناك على المثبت . قال صاحب العناية : وقدم الشفعة لأن بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى . أقول : فيه نظر . وهو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وإن زال ملك أحد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريكين في البعض على حاله وإن زال الشيوع . بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من أن أحد الشريكين إذا أراد الإفراز مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة . فكان بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى . ثم إن القسمة في اللغة : اسم للاقتسام كالقسمة للاقتداء والأسوة للاقتساء . وفي الشريعة : جمع النصيب الشائع في مكان معين . وسببها طلب أحد الشريكين الانزعاج بنصيبه على الخلو . وركبها الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المردوعات والعدي في المعدودات . وشرطها أن لاتتوفى المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ، ولو اشترياه فافقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه يبيعين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ، كذا

لاتعزى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الأمثال أو في غير ذوات الأمثال ، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه في نصيب صاحبه . فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وإفرازا . والمعنى من الإفراز هو أن يقبضه بعين حقه ، والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ، فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه يبيعين فأخذ مثل الحق يبيعين بمنزلة أخذ العين ، ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الإفراز فيها أظهر لاعتالة . ولهذا كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه . ولو اشترياه فافقسماه جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مراجعة بنصف الثمن . ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر . ولو اشترياه فافقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بعد القسمة . وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه يبيعين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ، ولما استشعر أن يقال : لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر الآتي على القسمة في ذلك . أجاب بقوله : إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد ، ولانما في الجبر والمبادلة لأنها ما يعزى فيه الجبر . كما في قضاء الدين فإن المدينين يجبر على القضاء مع أن الدين يقتضى بأمثالها فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته ،

في العناية . أقول : هنا إشكال ، وهو أنه قد علم بما ذكر آنفا في الكتاب والشروح أن القسمة لاتعزى عن معنى المبادلة والإفراز في جميع الصور . سواء كانت في ذوات الأمثال أو في غير ذوات الأمثال ، لأنه ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على التصيين فما يأخذه كل واحد منهما بخصه كان ملكه لم يستفد من صاحبه وبخصه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقى من حقه في يد صاحبه . فكانت القسمة في كل صورة بالنظر إلى البعض الذي كان ملكه إفرازا وبالنظر إلى البعض الآخر مبادلة . وإذا كان الأمر كذلك فكأن معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال كالحیوانات والعروض غير واضح . إذ غاية الأمر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقى من حقه في يد صاحبه ليس بمثل يقيين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الأمثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم ينتحق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى ذلك البعض . ولا يلزم منه أن لاينتحق الإفراز فيه بالنظر إلى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة ، إذ لاشك أن أخذه هذا البعض إفراز لاينتصور فيه مبادلة . فقد تحققت في غير ذوات الأمثال بالنظر إلى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه إفراز بدون المبادلة . وبالنظر إلى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الإفراز فكان معنيا الإفراز والمبادلة فيه متساويين ، فمن أين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة ، بخلاف ما قالوا في ذوات الأمثال كالمكليات والموزونات من ظهور معنى الإفراز فيها فإنه واضح . لأن أخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه إفراز بلا شبهة . وأخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه يقيين . وأخذ المثل يقيين يجعل كأخذ العين حكما كما في القرض فتحقق فيها معنى الإفراز بالنظر إلى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها . والحاصل أنهم لو قالوا : معنى الإفراز ظاهر في ذوات الأمثال وغير ظاهر في غير ذوات الأمثال بل معنيا الإفراز والمبادلة سيان فيه لكان الأمر هينا . ولما قالوا : معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الأمثال أشكل ذلك كما ترى . وذكر صاحب النهاية وجها أبسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الأمثال ناقلا عن المنفى حيث قال : ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال كلها ، وبه صرح في المنفى وغيره فقال في المنفى : وأما القسمة في غير ذوات الأمثال فبهي المبادلة فيها راجع لأنها إفراز حكما من وجه ، ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه . أما الحقيقة فظاهر ، وأما الحكم فلأن نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة . وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان إفرازا ، إلا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه يقيين . لأن المقسوم ليس من ذوات الأمثال ، وفيها ليس من ذوات الأمثال لانتبت المعادلة يقيين ، فالإفراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة ، إلى هنا كلامه . أقول : لاينبغي عليك أن الإشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لأنه إنما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيها يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لاعلى تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله ، كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه إلا إفراز محض . لأن معنى الإفراز أن يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لاغير والمقصود رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الأمثال ، وهو غير لازم من الوجه المذكور . بل فيه دلالة على رجحان معنى الإفراز في ذلك ، إذ لاشك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه إفراز محض ، وإذا كان أخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه أخذًا لمثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة ، وكان أخذ ذلك

وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز فلأن يجوز بلا قصد إليه أولى ، وهذا لأن أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يحضه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي لإجابته ، فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره . وإن كانت من أجناس مختلفة كالإبل والبقر والغنم لايجبر القاضي الآتي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحص التفاوت في المقاصد . ولو تراضوا على ذلك جاز لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتيجارة والراضى في التجارة

إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد . والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الدين . وهذا لأن أحدهم بطالب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه ، فيجب على القاضي إجابته . وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ، ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لم . قال (ويبنى للقاضي أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فأشبهه رزق القاضي ، ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة

المثل كأخذ العين حكما فكان إفرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الإفراز في ذلك ظاهرا راجعا لتحقيقه في جميع أجزاء القسوم وتحقيق المبادلة في بعضها كما تحققته (قوله إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بأن يقال : لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لا أجبر الآتي على القسمة في غير ذوات الأمثال ، كذا في عامة الشروح . أقول : هاهنا أيضا إشكال ، وهو أنه إن أريد بقوله لأن فيه معنى الإفراز أن فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال ، إذ يبقى الكلام حينئذ في الإيجاب على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر إليه ويظهر على ما قالوا ، وإن أريد بذلك أن فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملامم لقوله لتقارب المقاصد فذلك يثني ما تقدم من القول بأن معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال ، إذ لا شك في تحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء امين حقه ، وإذا تحقق فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الآخر أيضا كان معنى الإفراز فيه ظاهرا جدا . فإني يتصور القول بأن معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل . ثم أقول : لو قال المصنف لأن فيه إمكان المعادلة بدل قوله لأن فيه معنى الإفراز لكان سالما عن هذا الإشكال . وكان مناسبا لا محالة لقوله لتعذر المعادلة في تعليل عدم الإيجاب على القسمة فيها إذا كانت أجناسا مختلفة كما سيأتي تبصر تقف (قوله والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الدين) يعني أنه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الدين . فإن المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها على ما عرف . فصار ما يؤدى المديون بدلا عما في ذمته . أقول : لقاتل أن يقول : جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون يقيين . وقد صرحوا بأن أخذ مثل الحق يقيين بمنزلة أخذ العين . وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية ، بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الأمثال . فإن ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه يقيين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق ، وعن هذا قالوا : إن معنى المبادلة فيه هو الظاهر . فن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتج إلى الجواب الذي نحن بصده : فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لم) قال صاحب العناية في شرح هذا المثل : ولو تراضوا على ذلك جاز . لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة . والراضى في التجارة شرط بالنص انتهى . أقول : هذا الشرح غير مطابق للمشروح ، وليس بنام في نفسه لأنه إن أراد أن القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع ، كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقة لا تعرض عن معنى المبادلة والإفراز . إلا أنه معنى الإفراز هو الظاهر في ذوات الأمثال ، ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيرها ، وإن أراد أن المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم ، لكن الأمر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الأمثال مع أن التراضي ليس بشرط فيها ، على أن كون التراضي شرطا في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس أيضا لأن قسمته ليست في معنى

شرط بالنص . قال (ويبنى للقاضي أن ينصب قاسما) كلامه واضح إلا ما نبه عليه .

فتكون كفايته في المالم غرما بالغرم . قال (فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر) . معناه بأجر على المتقاسمين ، لأن النفع لم على الخصوص ، ويقدر أجر مثله كى لا يتحكم بالزيادة ، والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة (ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء ، ولأنه لابد من القدرة وهى بالعلم ، ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة (ولا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لأنه لا جبر على العقود . ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطالحوا فاقسموا جاز . إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضى) لأنه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القاسم يشتركون) كى لا نصير الأجرة غالية بتواكلهم ، وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر . قال (وأجرة القسمة على عدد الرعوس عند أى حنيفة . وقالوا على قدر الأنصاء) لأنه مؤنة الملك فيقتدر بقدرة كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة الماوك المشترك . ولأى حنيفة أن الأجر مقابل بالتمييز ، وأنه لا يتفاوت ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل ، وقد ينمكس الأمر فيعتبر اعتباره فيتعلق الحكم

الجارة في كل الوجوه . إذ القسمة مطلقا لاتعزى عن معنى الإفراز البتة ، بخلاف التجارة ، فكيف تلحق إحداها بالأخرى . والحق عندى أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز . لأن الحق طولا دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة غنائف الأجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد . وإذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب ، انظر إلى هذا المعنى الوجه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع لم على الخصوص) أقول : قوله لأن النفع لم على الخصوص يتأى بحسب الظاهر قوله فيما رآنا ولأن منفعة نصب القاسم تم العامة فتكون كفايته في المالم غرما بالغرم فتأمل في التوفيق (قوله ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) قال تاج الشريعة : ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة انتهى . واقتضى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية . وردّ هذا التوجيه بعض العلماء على حاشيته على شرح الوقاية ، فإن صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مأمونا عالما

(قوله لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة إلى البعض . ويجوز للقاضى أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرا : لكن الأولى أن لا يأخذ . وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضى مباشرتها : وإنما الذى يفترض عليه جبر الآتى على القسمة ، إلا أن لها شبا بالقضاء من حيث أنها تستفاد بولاية القضاء . فإن الأجنبية لا يقدر على الجبر . فن حيث أنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها . ومن حيث أنها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ . وقوله (عدلا مأمونا) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة (قوله ولو اصطالحوا فاقسموا) يعنى لم يرفعوا الأمر إلى الحاكم بل اقتصموا بأنفسهم باصطلاحهم ، فهو جازئنا أن القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضى كما في سائر المعاوضات . وقوله (كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة) يعنى إذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيها هو مشترك بينهم فالأجرة على قدر الأنصاء ، وكذلك الوزن والحافر (وقوله إن الأجر مقابل بالتمييز ، ولأنه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشى على الحدود . لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه ، فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل لأن الحساب يدق يتفاوت الأنصاء ويزداد دقة بقلة الأنصاء ، فعمل تمييز نصيب صاحب القليل أشق ، ويجوز أن يعسر عايه تمييز

(قال المصنف لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول : لعل المراد تهمة الأخذ على ما هو من جنس القضاء أجرا (قوله لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال الخ) أقول : فيه بحث (قوله لا يميل بأخذ الرشوة) أقول : أى لا يميل لقرره .

بأصل التمييز ، بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت . والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف ، وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل . وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع . قال (وإذا حضر الشركاء عند القاضى وفى أيديهم دار أو ضيعة وادّعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمه القاضى عند أبى حنيفة حتى يقيموا البيعة على موته وعدد ورثته . وقال أصحابه : يقسمها باعتبار فهم . ويذكر فى كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادّعوا أنه ميراث قسمه فى قولهم جميعا ، ولو ادّعوا فى العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمانة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى ، وهذا لأنه لا منكر ولا بيعة إلا على المنكر فلا يفيد ، إلا أنه يذكر فى كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعداهم . وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ما له قبل القسمة . حتى لو حدثت

بها كما وقع فى الهداية ، لأن الأمانة من لوازم العدالة . وقال : والتوجيه بنحو أن يكون غير ظاهر الأمانة كما وقع فى الكفاية ليس بنام ، لأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اهـ . أقول : المذكور فى الهداية نفس العدالة لا ظهورها . فاستلزام ظهورها ظهور الأمانة لا يقتضى استلزام ذكر الأمانة المراد بها ظهورها . فإن قلت : فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد فى الأمانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الأمانة بالكلية . قلت : إرادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لأنهم من لفظها وحده بدون القرينة ، وأما إرادة ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة فى الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الأمانة . نعم لو قال فى الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الأمانة ، لكن مراد

نصيب صاحب الكثير لكسور وقت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والفلة فيتعلق الحكم بأصل التمييز . بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت . وقوله (وإن لم يكن للقسمة) بأن اشترى ميكيلا أو موزونا وأمر أنسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر فالأجر بقدر الأنصبة وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعنى لو أطلق أبوحنيفة رحمه الله فى الجواب . وقال : أجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا ، فالعذر له فى ذلك هو التفاوت لأن عمله فى ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والأجر بقدر العمل ، بخلاف القسام فإنه قد يعكس كما تقدم . وقوله (ولا يفصل) تأكيد وبيان . وقوله (وعنه) أى عن أبى حنيفة (أن الأجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع) . قال (وإذا حضر الشركاء عند القاضى) الخ إذا حضر الشركاء عند القاضى وفى أيديهم مال وطلبوا قسمته فلما أن يكون عقارا أو غيره . فإن كان عقارا فلما أن ادّعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكنوا عن كيفية الانتقال إليهم . فإن كان الأول لم يقسمه القاضى حتى يقيموا البيعة على موته . وعدد ورثته عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالوا : يقسمه باعتبار فهم) وإن كان الثانى قسمه بينهم بالاتفاق . وإن كان الثالث قسمه بينهم على ما ذكره ، وإن كان غير عقار وادّعوا أنه ميراث قسمه فى قولهم جميعا . لهما أن الامتناع عن القسمة إما أن يكون لشبهة فى الملك أو لجهة فى دعواه أو لمنازع للمدعى فى دعواه . ولا شىء من ذلك بمحقق لأن اليد دليل الملك والإقرار أمانة الصدق والقرينة عدم المنازع فيقسمه بينهم كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى . وطلب البيعة ليس بلام لها لا تكون إلا على منكر ولا منكر هاهنا فلا تفيد إلا أنه يذكر فى كتاب القسمة : أى فى الصلح الذى يكتبه القاضى أنه قسمه باعتبار فهم لتلا يكون حكمه متعديا إلى غيرهم . ولأبى حنيفة أن القسمة قضاء على الميت . إذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه . حتى لو حدثت

(قال المصنف : والكيل والوزن إن كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول : وهذا هو المناسب لتعليق الحكم بأصل التمييز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق لا يفصل) أقول : والإطلاق غير مناسب لتعليق المذكور ، إلا أن يقال : الحكمة لارتاعى فى كل فرد ، ولكن تراعى فى الأنواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليتأمل ، ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كالإطلاق .

الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها ، بخلاف ما بعد القسمة ، وإذا كانت قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد ، لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ، ولا يتمتع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره ، بخلاف المنقول لأن في القسمة نظرا للحاجة إلى الحفظ . أما العقار فمحض بنفسه ، ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده . ولا كذلك العقار عنده .

هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لاني مجال إفادة المعنى المقصود هاهنا بعبارة أنصهرما وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يتمتع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره) قال بعض الفضلاء : وأنت خير بأنه لا أولوية لأحد الورثة بأن يكون مدعى والآخر يكون مدعى عليه فكلاهما مجهول . بخلاف المقيس عليه لصين المدعى والمدعى عليه هناك . وجوابه ظاهر . فإن القاضي إذا قال لا أقسم حتى تقيدوا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم . إلى هنا كلامه . أقول : لا استشكله شيء ولا جوابه . أما الأول فلأن للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيل المقصودهم فترفع الجملته بتعيينه . وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة : فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعى والآخر مدعى عليه . على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوحا لأن يكون مدعى في دعوى حق نفسه على الآخر ومدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه . فكل منهم يصير مدعى ومدعى عليه من حيثين مختلفتين . ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تنوهم الجملته حينئذ أصلا . وأما الثاني فلأن مقتضاه أن يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدارم بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعى ولم يسمع ذلك من أحد ولم ير في شيء من الكتب : فإنهم إن لم يعاموا معنى المدعى والمدعى عليه أصلا فضلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المتبعة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصماء عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالإجماع بعد أن أقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة

الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها . وعن هذا قالوا : إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كأنه أوصى بهما ، بخلاف ما بعد القسمة فإن الزيادة للموصى له . فدل أن التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي إما إقرار الورثة أو بينتهم ، وإقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة . وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك ، لأن بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الحاضرين مدعى والآخر مدعى عليه . فإن قيل : كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعى عليه . أجاب بقوله ولا يتمتع ذلك : أي كونه خصما بسبب إقراره لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه إنما يقضى عليهما بالبينة بديون الميت وإن كانا مقرين بها ، وهذا لأن المدعى يحتاج إلى إثبات الدين في حقهم وحق غيرهم ، لأنه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له بإقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج إلى إقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك إلا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث ، وهو على وجهين أحدهما قوله لأن في القسمة نظرا الخ . والثاني أن المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة وفي القسمة جعله مضمونا ،

(قوله وعن هذا قالوا : إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول : ستجىء المسئلة في كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول : يعني لابد للقضاء من حجة (قال المصنف : فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة) أقول : لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البينة على عدد الورثة فتأمل . (قال المصنف : وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول : وأنت خير بأنه لا أولوية لأحد الورثة بأن يكون مدعى والآخر يكون مدعى عليه فكلاهما مجهول . بخلاف المقيس عليه لصين المدعى والمدعى عليه هناك . وجوابه ظاهر ، فإن القاضي إذا قال : لا أقسم حتى يقيموها البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم .

وبخلاف المشتري لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير . قال (وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم) لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير ، فإلهم ما أقرؤا بالملك لغيرهم . قال رضى الله عنه : هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير : أرض ادعاه رجلان وأقاما البيعة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيا البيعة أنها لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما . ثم قيل هو قول أبي حنيفة .

كما هو المفهوم من كتب الفقه بأسرها (قوله وفي الجامع الصغير : أرض ادعاه رجلان وأقاما البيعة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيا البيعة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما) قال في العناية : أعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيا البيعة على الملك لاحتمال أن يكون مائ أيديهما ملكا لغيرهما ، فإلهم لما لم يذكر السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير ، وأن يكون مشتري فيكون ملكا لهما لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكة فلا يقسم احتياطا انتهى . أقول : لا يخفى على ذى فطنة سليمة أن قوله لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكة غير مفيد هاهنا . بل هو غلّ بالمقام لأن ذاك الأصل : أعنى كون الأملاك في يد مالكة يرجع كون ما في أيديهما ملكا لهما فينبغي أن يقسم بدون إقامة البيعة . مع أن جواب مسألة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى ، فالجواب أن يترك تلك المقدمة في تعليل مسألة الجامع الصغير . وإنما يحتاج إليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرّت من قبل . واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فإنها لما لم يذكر السبب احتمل أن يكون ميراثا إلى آخره حيث قال : فيه بحث ، بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لا إرثا ولا شراء . كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له ، وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فإن في الأولى ادعوا الملك انتهى . أقول : يمكن دفع ذلك بأنه إن أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع . وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام . فإن عدم التعرض لشيء لا ينافي احتمال في الواقع . وإنما ينافي تقرر وتعيينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البيعة له ، وإن أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذى ذكره صاحب العناية لأن مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشتري يكفى في أن لا يقسم بدون البيعة احتياطا . ثم إن هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكة لإخلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه آقا . وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهما على أن مافيا ملك لهما ، ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتدال على دلالة ذلك

وفي ذلك نظر للميت ، بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده (وبخلاف المشتري) جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية ، فقد روى عن أبي حنيفة في غير الأصول أن القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث . وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وإن ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعد ومعناه ظاهر . قال المصنف رحمه الله (هذه) يعنى القسمة فيما بينهم من غير إقامة البيعة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيا البيعة على الملك لاحتمال أن يكون مائ أيديهما ملكا لغيرهما فإنها لما لم يذكر السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشتري فيكون ملكا لهما ، لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكة فلا تقسم احتياطا . قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة ، وعندهما تقسم بينهما لأنهما يقسمان في الميراث بلا بيعة في هذا أولى . وقيل قول الكل وهو الأصح ، لأن القسمة نوعان : قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة ، وقسمة لحق الدار لأجل الحفظ والصيانة . والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك ،

(قوله فإنها لما لم يذكر السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول : فيه بحث ، بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لا إرثا ولا شراء . كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له ، وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين ، فإن في الأولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا للغير) أقول : يعنى للميت .

وقيل قول الكل . وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه ، وقسمة الملك تقتصر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز . قال (وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلًا يقبض نصيب الغائب . وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيًا يقبض نصيبه) لأن فيه نظرا للغائب والصغير . ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضا خلافا لما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد باليعيب ويرد عليه باليعيب فيها اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيها في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين . أما الملك الثابت بالشراء بالملك مبتدأ ولهذا لا يرد باليعيب على بائع بائعه

عليه فتدبر (قوله وقيل قول الكل وهو الأصح ، لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تقتصر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعني أن القسمة نوعان : قسمة لحق الملك لتكامل المنفعة ، وقسمة لحق اليد لأجل الحفظ والصيانة ، والثاني في العقار غير محتاج إليه فعين قسمة الملك وقسمة الملك تقتصر إلى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز ، وكذا في العناية . أقول : لقائل أن يقول : إن هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيها إذا ادعوا الشراء أيضا في العقار مع أنه قد سبق أنه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق . ويقتضي أيضا أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبي يوسف ومحمد أيضا فيها إذا ادعوا الإرث في العقار ومع أنه قد سبق أيضا أنها يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم . ثم أقول : يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حل عليه صاحب العناية من أنه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل ، وبصورة ادعائهم الإرث أيضا على قولهما كما نهت عليه آفا ، بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواهما : أي لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلا في رواية الجامع الصغير ، بل إنما ادعيا أنها في أيديهما وأقاما البينة عليه ، بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فإنهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقا فحينئذ لانتقاض بالصورتين المذكورتين لأتهم ادعوا فيهما سبب الملك من الإرث أو الشراء ، ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال : قيل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيها إذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيها إذا ادعيا اليد ابتداء ،

وقسمة الملك تقتصر إلى قيام الملك : ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز . قال (وإن حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلًا يقبض نصيبه) قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهوا من النسخ ، والصحيح في أيديهما ، لأنها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة ، وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم . وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد المثنى بقرينة قوله وارثان وأقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيًا يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصبي) لظهور نصيبهما بما في يد الغير (ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة) يعني فيها إذا كان معهما صبي (عند أبي حنيفة رحمه الله) كما إذا كان معهما غائب (خلافا لما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته . وقال صاحباه : يقسمها بأعترافهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وإن أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو وإضح (قوله ويصير مغرورا بشراء المورث) صورته : اشترى

(قوله ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول : هما يقولان : اليد دليل الملك ، فلا شبهة في الملك كما تقدم . وجوابه أن اليد لا تصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول : لكان الورثة قبله .

فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم . وكذا إذا كان في يد مودعه ، وكذا إذا كان في يد الصغير) لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما ، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه . والقضاء من غير الخصم لا يجوز . ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب . قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأنه لا بد من حضور خصمين . لأن الواحد لا يصلح مخاضا ومخاصما ، وكذا مقاسما ومقاسما ، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة ، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه . وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه .

وبيانه أنهما لما ادعيا الملك ابتداء والبدائية ومن في يده شيء يقبل قوله أنه ملكه مالم ينازعه غيره . إذ الأصل أن الأملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وإن احتمل أن يكون ملك الغير لأنه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر ، أما إذا ادعيا البد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه فلا يقبل قولهما لأنهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون إلا بالملك ، فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فتأكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك إلا بإقامة البينة ليزول هذا الاحتمال ، وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما ، إلى هنا كلامه فتبصر (قوله لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما ، كذا التقرير في الكافي والمبسوط . أقول : في هذا التعليل شيء . وهو أنه إنما يتم إذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير ، أو كان منه شيء زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما . وأما فيما إذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتمشى فيها ذلك التعليل . إذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم إبقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان ، ويحتمل أن يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدروري ، فإن هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان فتأمل .

المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحققت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث (وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعلمها) يعني فيما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه . وقوله (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البينة . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها بإقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث ، لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة . لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاضا ومخاصما) فالحاضر إن كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب : وإن كان خصما عنهما فثمة من يخاض عن نفسه ليقم البينة بذلك ، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين ، والباقي ظاهر .

(قوله يعني فيما إذا كان معهما) أقول : تفسير لقوله أيضا (قال المصنف : فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق) أقول : وفي صورة الإرث يقوم الآخر مقام الميت ، ويثبت حق الغائب على طريق البيع .

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حتى لازم فيها يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستصرّ به الآخر لقلة نصيبه ، فإن طلب صاحب الكثير قسم . وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به بفيتير طلبه ، والثاني تمتعت في طلبه فلم يعتبر . وذكر الحصص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه . وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي ، والوجه اندرج فيها ذكرناه . والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول (وإن كان كل واحد منهما يستصرّ لصغره

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها في فصل على حدة (قوله والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول) لأن رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا . وإنما يلزم طلب الإنصاف من القاضي وإلصاقه إلى منفعة ملكه . وذلك لا يوجد عند طلب القليل ، كذا في العناية ومراجع الدراية ، وهو المذكور في الفخيرة ، وزاد عليه في النهاية والكناية أن يقال : ألا ترى أن كل واحد منهما إذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسما القاضي بينهما ، فكذلك إذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى . أقول : هذه الزيادة تخالف ما سيأتى في الكتاب بقوله وإن كان كل واحد منهما يستصرّ لصغره لم يقسما إلا براضيهما . فإنه يدل على أن القاضي يقسما عند تراضى الشريكين وطلبهما القسمة ، وقد صرح به المصنف هناك حيث قال : ويجوز براضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأهما ، أما القاضي يعتمد الظاهر انتهى . ثم إنك لو تأملت حتى التأمل وجدت نوعا من التدافع بين أصل ما ذكروا في وجه أصحية

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم بينهما فقال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) إذا طلب أحد الشركاء القسمة فلما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أو لا ينتفع منهم أحد . فإن كان الأول قسم القاضي بطلب أحدهم جبرا على من أبي (لأن القسمة حتى لازم فيها يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره . وإن كان الثاني فإن طلب صاحب الكثير قسم ، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب . وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة وأبى صاحب الكثير ووجه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي . والوجه اندرج فيها ذكرناه) لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين ، ودليل قول الحصص دليل الجانب الآخر (والأصح هو المذكور في الكتاب) أي القدرى (وهو الأول) لأن رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وإنما يلزم طلب الإنصاف من القاضي وإلصاقه إلى منفعة ، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وإن كان) الثالث بأن كان المشترك بينهما يتنا صغيرا (يستصرّ) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

(قوله وذكر الحصص على قلب هذا ، وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول : في عبارته مساعة ، والأظهر أن يقول : وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل وإباه صاحب الكثير ، ولا يقسم بطلب صاحب الكثير وإباه صاحب القليل .

لم يقسمها إلا بتراضيهما) لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة . وفي هذا تفويتها . وتجاوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأتهما ، أما القاضي فيعتمد الظاهر . قال (ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكامل في المنفعة (ولا يقسم الجنس بينهما في بعض) لأنه لا اختلاط بين الجنس فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة . وسبيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكمل وموزون كثير أو قليل والمعلود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقرة والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الأواني) لأنها بائتلاف الصنعة التحقت بالاجتناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع (ولا تويين إذا اختلفت قيمتهما) لما بيننا ، بخلاف ثلاثة أبواب إذا جعل ثوب بثوين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز (وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقالوا : يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق الغنم . وله أن التفاوت في الأدنى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس : ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس

المذكور في الكتاب أولا وبين ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأن الحق لهما إلى قوله أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل

لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها : وتجاوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأتهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) كالثياب مثلا : يعني به يجبر على ذلك . لأن في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لأن عند اتحاد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكامل في المنفعة . ولا يقسم الجنس بينهما في بعض لعدم الاختلاط بين الجنس فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله (ويقسم القاضي كل مكمل وموزون الخ) ظاهر . وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الأشياء قسمة جمع بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة . بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقونها ، وكذلك في البعير وغيره والأواني المتخذة من أصل واحد كالإجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا ، وكذلك الأبواب المتخذة من القطن أو الكتان إذا اختلفت بالصنعة كالقباء والحبة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ، ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لأن فيه إلتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء . فإن رضي بذلك قسمه بينهما (ولا تويين إذا اختلفت قيمتهما لما بيننا) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي . ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن إلا بزيادة درهم مع الأوكس ، والدرهم لم تكن مشتركة فردا عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أبواب إذا جعل ثوب بثوين) يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة التويين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطى أحدهما ثوبا والآخر ثوين (وكذا إن استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب) فإنه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لأنه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك . ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذا في البعض ، وما ثمة معاوضة تحتاج إلى التراضي (وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو إما أن يكون الرقيق

(قال المصنف : لم يقسمها إلا بتراضيهما) أقول : خالف لما في شرح الكنز لزيلعي (قوله ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا : يعني به يجبر على ذلك . لأن في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لأن عند اتحاد الخ) أقول : قوله لأن في حق التراضي أنه تمليل لقوله يعني به يجبر الخ . وقوله لأن عند اتحاد الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ .

واحد ، بخلاف المغنم لأن حق الغنمين في المأوية حتى كان للإمام بيعها وقسمتها منها وهنا يتعلق بالعين والمأوية جميعا فافترا . وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللؤلؤ والياقوت . وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت . ويقسم الصغار لقلة التفاوت . وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ؛ ألا ترى أنه لو تزوج لو لؤلؤة أو ياقوتة أو خالغ عليها لاتصح التسمية ، وبصح ذلك على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة . قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي إلا براضى الشركاء ، وكذا الخائض بين الدارين) لأنها تشمل على الضرر في الطرفين ، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف الراضى لما بينا .

(قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي إلا براضى الشركاء) قال صاحب العناية : والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالراضى انتهى . أقول : تقرير الأصل بهذا الوجه ليس بسديد ، إذ قد تقرر فيما مر أنه إذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستغنى بنصيبه لقلته فإن القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الأصح المذكور في الكتاب . وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الجصاص ، وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد . وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة . فالصواب الموافق لقول المصنف في التعاليل لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل

مع شيء آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والياب أو لا يكون . فإن كان فالأصح القسمة في قولهم جميعا على الأظهر ، أما عندهما فظاهر ، وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة ، وقد ثبت الحكم لشيء تبا وإن لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمقولات في الوقف ، وإن لم يكن فإن كانوا ذكورا وإنانا لا يقسم إلا برضاها . وإن كانوا ذكورا أو إنانا لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك . وقال صاحباه : يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم . ولأبي حنيفة أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة ، لأن من العبد من يصلح للأمانة ، ومنهم من يصلح للتجارة ، ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك . فتنى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فإنه سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وإفرازا ، بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس . ألا ترى أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (بخلاف المغنم) جواب عن قولهما ورقيق المغنم ، وذلك (لأن حق الغنمين في المأوية حتى كان للإمام بيعها وقسمتها منها ، وهذا يتعلق بالعين والمأوية فافترا) فإن قيل : لو تزوج أو خالغ على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك . أجيب بأن القسمة تحتاج إلى الإفراز ولا يتحقق في القسمة ، بخلاف ما ذكرتم فإنه لا يحتاج إليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح . قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي) والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس ، وفي قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالراضى . ومن المشايخ من قال : القاضي لا يقسم عند الضرر لأنه لم ينصب متفعا ، لكن لو اقتسم لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح . وقوله (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستغنى بغيره لم يقسهما

(قوله أو لأحدهما) أقول : لا يناسب المشرح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل (قوله وقوله لما بينا إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول : بل إشارة إلى دليل تلك المسئلة . أو إلى قوله لأن لما بينا الخ فتأمل .

قال (وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدة في قول أبي حنيفة . وقالوا : إن كان الأصاح لم قسم بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الأفرحة المتفرقة المشتركة . لهما أنها جنس واحد أصلا وصوره ، ونظرا إلى أصل السكنى أجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ، ووجوه السكنى فيفوض الرجوع إلى القاضي . وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار . وكذا لو تزوج على دار لاتصح التسمية كما هو الحكم فيها في الثوب بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها ، لأن في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة . قال رضى الله عنه : تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما . وهو رواية هلال عنهما . وعن محمد أنه يقسم إحداهما في الأخرى والبيوت في حلة أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيها بينها يسير . والمنازل المتلازمة كالبيوت والمتباعدة كاللدور لأنه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شيئا من كل واحد . قال (وإن كانت دار وضعية أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس . قال رضى الله عنه : جعل الدار والحانوت جنسين ، وكذا ذكر الحصاف . وقال في إجازات الأصل : إن إجازة منافع الدار بالحانوت لا يجوز . وهذا يدل على أنهما جنس واحد ، فيجعل في المسئلة روايتان أو تبني حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة .

واحد من الشركاء : ويجعل ذلك مدارا لعدم الجبر في القسمة (قوله وإن كانت دار وضعية أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف : جعل الدار والحانوت جنسين . وكذا ذكر الحصاف . وقال في إجازات الأصل : إن إجازة منافع الدار بالحانوت لا يجوز . وهذا يدل على أنهما جنس واحد . فيجعل في المسئلة روايتان أو تبني حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة . واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال : وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة . والفساد شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتيهما وهو السكنى ، كذا ذكره في الهداية . وهو مشكل لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعبرة دون النازلة عنها . وقد قال شمس الأنعم الحلواني : إما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ، إلى هنا كلام صاحب الكافي . وأوضح إشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال : واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة ، فإن الجنس إذا أخذ كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسبية . وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم ، وفي ذلك شبهة الربا . فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة . والمعتبر الشبهة دون النازل عنها .

إلا برأيهما (قوله وإذا كانت دور مشتركة) هاهنا ثلاثة فصول : الدور ، والبيوت ، والمنازل . فالدور متلازمة كانت أو مفترقة لاتقسم عنده قسمة واحدة إلا بالراضى ، والبيوت تقسم مطلقا لطاوعها في معنى السكنى . والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازما بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة وإلا فلا سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أدها وبعضها في أنصافها ، لأن المنزل فوق البيت دون الدار فللمنازل تنافوت في معنى السكنى . ولكن التفاوت فيها دون التنافوت في الدور فهي تنبئ البيوت من وجه والدور من وجه ، فليشبهها بالبيوت قلنا إذا كانت متلازمة تقسم قسمة واحدة . لأن التفاوت فيها يقل في مكان واحد ، ولشبهها بالدور قلنا : إذا كانت في أمكنة مفترقة لاتقسم قسمة واحدة . وهما في الفصول كلها يقولان : ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك . وقوله (على ما مر) يعنى في باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وإن كانت دار وضعية أو دار وحانوت الخ) واضح إلا ما نذكره ، إنما خص الحصاف بالذكر لأن هذه المسئلة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمهما الله . وقوله (إن إجازة منافع الدار بالحانوت) أى بمنافع الحانوت ، لأنه لو جعل نفس الحانوت أجرة لمنافع الدار صح . وقوله (أو تبني حرمة الربا هنالك) أى في إجازات الأصل (على شبهة المجانسة) يعنى إن كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنالك على

(فصل في كيفية القسمة)

وقد قال شمس الأئمة الحلواني : إما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب . ويمكن أن يقال : لا إشكال فيه . لأن المراد بشبهة المحاجة الشبهة الثابتة بها لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المحاجة انتهى كلامه . أقول : في الجواب خطأ . إذ لو كان المراد بشبهة المحاجة الشبهة الثابتة بنفس المحاجة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة إجازات الأصل بقوله أو تبني حرمة الربا هنالك على شبهة المحاجة . إذ يصير مدار مسئلة إجازات الأصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعا ، فتناقضان . والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الإشكال المذكور . ثم إن قول : لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المحاجة ليس بسديد ، إذ لم يقع التصريح في إجازات الأصل بأن قال جنس واحد . ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البالغ بخلاف أداة التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المحاجة كما لا يخفى . قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية . لأن المراد بشبهة المحاجة الشبهة الثابتة بها : يعني أنها متحدة الجنس نظرا إلى أصل السكنى فتبني حرمة الربا عليه ومختلفاه نظرا إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فلي تأمل انتهى . أقول : ليس ذلك بمستقيم ، لأن المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد هاهنا أما أولا فلائنه لا يدفع الإشكال المذكور . إذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر ، بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيثول بناء حرمة الربا على ذلك إلى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر . وأما ثانيا فلأن ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا إلى أصل السكنى واختلافه نظرا إلى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا . فبناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحبه هناك قولا : إن كان الأصلح لم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب ، فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكر لما وافق الإمامان بأحقيقة هاهنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة . واتفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منفيها من علم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه : أما دار وضعية أودار وحانوت فلا يجمع بالإجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس انتهى .

(فصل في كيفية القسمة)

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرح في بيان كيفية القسمة فيما يقسم ، لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة

شبهة المحاجة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما . واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة . فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بنفسه نسيئة . وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم . وفي ذلك شبهة الربا فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة الشبهة . والمعتبر الشبهة دون النزاع عنها . وقد قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : (إما أن يكون في المسئلة روايتان ، أو يكون من مشكلات هذا الكتاب . ويمكن أن يقال : لا إشكال فيه لأن المراد بشبهة المحاجة الشبهة الثابتة بها لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المحاجة . ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات . فلا تجوز القسمة الواحدة ، وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتمتنع الإجارة لشبهة الربا .

(فصل في كيفية القسمة)

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو

(قوله واستشكل كلامه) أقول : هذا في الكافي (قوله ويمكن أن يقال) أقول : يعني في جواب الاستشكل (قوله لأن المراد بشبهة المحاجة الشبهة الثابتة بها) أقول : يعني أنها متحدة الجنس نظرا إلى أصل السكنى ، فبني حرمة الربا عليه ، ومختلفا الجنس نظرا إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فلي تأمل .

(فصل في كيفية القسمة)

قال (ويُنْبِئِي الْقَاسِمُ أَنْ يَصُورَ مَا يَقْسِمُهُ) لِيُكِنَّهُ حِفْظُهُ (وَيُعَدِّلُهُ) يَعْنِي يَسَوِّيهُ عَلَى سَهَامِ الْقِسْمَةِ وَيُرَوِّى يَزِيلُهُ ؛ أَيْ يَقْطَعُهُ بِالْقِسْمَةِ عَنْ غَيْرِهِ (وَيَذَرِعُهُ) لِيَعْرِفَ قَدْرَهُ (وَيَقْوِمُ الْبِنَاءَ) لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ فِي الْآخِرَةِ (وَيَفْرُزُ كُلَّ نَصِيبٍ عَنِ الْبَاقِي بِطَرِيقِهِ وَشَرْبِهِ حَتَّى لَا يَكُونَ لِنَصِيبٍ بَعْضُهُمْ بِنَصِيبِ الْآخَرِ تَعْلُقُ) فَتَنْقَطِعُ الْمَنَازِعَةُ وَتُتَحَقَّقُ مَعْنَى الْقِسْمَةِ عَلَى الْتِمَامِ (ثُمَّ يَلْقَبُ نَصِيبًا بِالْأَوَّلِ ؛ وَالَّذِي يَلِيهِ بِالثَّانِي وَالثَّالِثِ عَلَى هَذَا ثُمَّ يُخْرِجُ الْقِرْعَةَ . فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلًا فَلَهُ السَّهْمُ الْأَوَّلُ . وَمَنْ خَرَجَ ثَانِيًا فَلَهُ السَّهْمُ الثَّانِي) وَالْأَصْلُ أَنْ يَنْظُرَ فِي ذَلِكَ إِلَى أَقْلِ الْأَنْصَابِ . حَتَّى إِذَا كَانَ الْأَقْلُ ثَلَاثًا جَعَلَهَا أَثْلَاثًا ، وَإِنْ كَانَ سِدْسًا جَعَلَهَا أَسْدَاسًا لِيُكِنَّ الْقِسْمَةَ . وَقَدْ شَرَحْنَا هُنَا شَيْعًا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى بِتَوْفِيقِ اللَّهِ تَعَالَى . وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ : وَيَفْرُزُ كُلَّ نَصِيبٍ بِطَرِيقِهِ وَشَرْبِهِ بَيَانُ الْأَفْضَلِ . فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أَوْ لَمْ يُمْكِنْ جَازَ عَلَى مَا نَذَكِرُهُ بِتَفْصِيلِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَالْقِرْعَةُ لِتَطْيِيبِ الْقُلُوبِ وَإِزَاحَةِ تَهْمَةِ الْمِيلِ .

الَّذِي هُوَ الْمَوْصُوفُ (قَوْلُهُ وَالْقِرْعَةُ لِتَطْيِيبِ الْقُلُوبِ وَإِزَاحَةِ تَهْمَةِ الْمِيلِ) قَالَ الشَّرَاحُ : هَذَا جَوَابُ الاسْتِحْصَانِ . وَالتَّيَاسُ بِأَبَاهَا لِأَنَّ اسْتِعْمَالَ الْقِرْعَةِ تَعْلِيقُ الاسْتِحْقَاقِ بِخُرُوجِ الْقِرْعَةِ وَهُوَ فِي مَعْنَى الْقِمَارِ وَالْقِمَارِ حَرَامٌ . وَلِهَذَا لَمْ يُجَوِّزْ عُلَمَاؤُنَا اسْتِعْمَالَهَا فِي دَعْوَى النِّسْبِ وَدَعْوَى الْمُلْكِ وَتَعْيِينَ الْمَتَى أَوْ الْمَطْلَقَةِ ، وَلَكِنَّا تَرَكْنَا التَّيَاسَ هَاهُنَا بِالسَّنَةِ وَالتَّامَلِ الظَّاهِرِ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مَنَكِرٍ . وَلَيْسَ هَذَا فِي مَعْنَى الْقِمَارِ ، لِأَنَّ أَصْلَ الاسْتِحْقَاقِ فِي الْقِمَارِ يَتَعْلَقُ بِمَا يَسْتَعْمَلُ فِيهِ ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا يَتَعْلَقُ بِأَصْلِ الاسْتِحْقَاقِ بِخُرُوجِ الْقِرْعَةِ . لِأَنَّ الْقَاسِمَ لَوْ قَالَ أَنَا عَدَلْتُ فِي الْقِسْمَةِ فَخُذْ أَنْتَ هَذَا الْجَانِبَ وَأَنْتَ ذَلِكَ الْجَانِبَ كَانَ مُسْتَقِيمًا لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَتَّبِعُ فِي ذَلِكَ فَيَسْتَعْمِلُ الْقِرْعَةَ لِتَطْيِيبِ قُلُوبِ الشَّرَكَاءِ وَنَفْيِ تَهْمَةِ الْمِيلِ عَنْ نَفْسِهِ

الْمَوْصُوفِ . قَالَ (وَيُنْبِئِي الْقَاسِمُ أَنْ يَصُورَ مَا يَقْسِمُهُ) إِذَا شَرَعَ الْقَاسِمُ فِي الْقِسْمَةِ يُنْبِئِي أَنْ يَصُورَ مَا يَقْسِمُهُ بِأَنْ يَكْتُبَ عَلَى كَاغِدَةٍ إِنْ فَلَانًا نَصِيبِهِ كَذَا وَفُلَانًا نَصِيبِهِ كَذَا لِيُكِنَّهُ حِفْظُهُ إِنْ أَرَادَ رَفْعَ تِلْكَ الْكَاعِدَةِ إِلَى الْقَاضِي لِيَتَوَلَّى الْإِقْرَاعَ بَيْنَهُمْ بِنَفْسِهِ (وَيُعَدِّلُهُ يَعْنِي يَسَوِّيهُ عَلَى سَهَامِ الْقِسْمَةِ . وَيُرَوِّى يَزِيلُهُ ؛ أَيْ يَقْطَعُهُ بِالْقِسْمَةِ عَنْ غَيْرِهِ وَيَذَرِعُهُ لِيَعْرِفَ قَدْرَهُ وَيَقْوِمُ الْبِنَاءَ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ فِي الْآخِرَةِ) إِذِ الْبِنَاءُ يَقْسِمُ عَلَى حِلَّةٍ . فَرُبَّمَا يَقَعُ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمْ شَيْءٌ مِنْهُ فَيَكُونُ عَالِمًا بِقِيمَتِهَا (وَيَفْرُزُ كُلَّ نَصِيبٍ عَنِ الْبَاقِي بِطَرِيقِهِ وَشَرْبِهِ) إِنْ أُمِكنَ ذَلِكَ لِيَنْقَطِعَ الزَّعَاوُ وَيَتِمَّ مَعْنَى الْقِسْمَةِ (ثُمَّ يَلْقَبُ نَصِيبًا بِالْأَوَّلِ وَالَّذِي يَلِيهِ بِالثَّانِي وَالثَّالِثِ إِلَى أَنْ تَفْرُغَ السَّهَامُ وَيَكْتُبَ أَسْمَاءَهُمْ وَيُخْرِجُ الْقِرْعَةَ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلًا (لِخ) قَالَ الْإِمَامُ حَمِيدُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ : صَوْرَتُهُ أَرْضُ بَيْنَ جَاعَةٍ لِأَحَدِهِمْ مُسَلِّمًا وَلِلْآخَرِ ثَلَاثًا وَلِلْآخَرِ نِصْفَهَا يَجْعَلُهَا سِتَّةَ أَسْهُمٍ . وَيَلْقَبُ الْجُزْءَ الْأَوَّلَ بِالسَّهْمِ الْأَوَّلِ وَالَّذِي يَلِيهِ بِالثَّانِي وَالثَّالِثِ عَلَى هَذَا ، ثُمَّ يَكْتُبُ أَسْمَاءَهُمْ وَيَجْعَلُهَا قِرْعَةً ثُمَّ يَلْقِيهَا فِي كَهْ . فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوَّلًا فَلَهُ السَّهْمُ الْأَوَّلُ . فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ صَاحِبُ السِّدْسِ فَلَهُ الْجُزْءُ الْأَوَّلُ ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الثَّلَاثِ فَلَهُ الْجُزْءُ الْأَوَّلُ وَالَّذِي يَلِيهِ ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُ النِّصْفِ فَلَهُ الْجُزْءُ الْأَوَّلُ وَالَّذِي يَلِيهِ (قَوْلُهُ وَالْقِرْعَةُ لِتَطْيِيبِ الْقُلُوبِ) جَوَابُ الاسْتِحْصَانِ . وَالتَّيَاسُ بِأَبَاهَا لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ الاسْتِحْقَاقِ بِخُرُوجِ الْقِرْعَةِ وَذَلِكَ قِمَارٌ وَلِهَذَا لَمْ يُجَوِّزْ عُلَمَاؤُنَا اسْتِعْمَالَهَا فِي دَعْوَى النِّسْبِ وَدَعْوَى الْمَالِ وَتَعْيِينَ الْمَطْلَقَةِ . وَلَكِنَّا تَرَكْنَا هَاهُنَا بِالتَّامَلِ الظَّاهِرِ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ . وَلَيْسَ فِي مَعْنَى الْقِمَارِ لِأَنَّ أَصْلَ الاسْتِحْقَاقِ فِيهِ يَتَعْلَقُ بِمَا يَسْتَعْمَلُ فِيهِ . وَأَمَّا مَا نَحْنُ فِيهِ فَلَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْقَاسِمَ لَوْ قَالَ أَنَا عَدَلْتُ فِي الْقِسْمَةِ فَخُذْ أَنْتَ هَذَا الْجَانِبَ وَأَنْتَ هَذَا الْجَانِبَ كَانَ مُسْتَقِيمًا ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَتَّبِعُ فِي ذَلِكَ فَيَسْتَعْمِلُ الْقِرْعَةَ لِتَطْيِيبِ قُلُوبِ الشَّرَكَاءِ وَنَفْيِ تَهْمَةِ الْمِيلِ عَنْ نَفْسِهِ وَذَلِكَ جَائِزٌ ، أَلَا تَرَى أَنَّ زَكَرِيَّا عَلَيْهِ السَّلَامُ حَيْثُ اسْتَعْمَلَ الْقِرْعَةَ مَعَ الْأَحْبَارِ فِي ضَمِّ مَرْيَمَ إِلَى نَفْسِهِ مَعَ عِلْمِهِ

(قَوْلُهُ بِأَنْ يَكْتُبَ عَلَى كَاغِدَةٍ (لِخ) أَقُولُ : هَذَا لَيْسَ يَصِلُحُ تَفْسِيرًا لِتَصْوِيرِ مَا يَقْسِمُ كَمَا لَا يَنْبَغِي (قَوْلُهُ صَوْرَتُهُ أَرْضُ بَيْنَ جَاعَةٍ (لِخ) أَقُولُ : فِيهِ تَنْفِيزٌ (قَوْلُهُ وَلَيْسَ فِي مَعْنَى الْقِمَارِ لِأَنَّ أَصْلَ الاسْتِحْقَاقِ فِيهِ) أَقُولُ : التَّفْسِيرُ فِي قَوْلِهِ فِيهِ رَاجِعٌ إِلَى الْقِمَارِ (قَوْلُهُ أَلَا تَرَى أَنَّ زَكَرِيَّا عَلَيْهِ السَّلَامُ) أَقُولُ : الظَّاهِرُ أَنْ يَقَالَ : أَلَا يَرَى إِلَى أَنْ يَخُذَ

حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام . قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهما لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ، ولأنه يفوت به التعديل في القسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لتسلم له (وإذا كان أرض وبناء ؛ فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم . وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل في المسوحات ، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال . ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج . . وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه . وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لثاني العرصه بقيمة البناء فيحتل يرد للفضل دراهم . لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها ، وهذا يوافق رواية الأصل . قال (فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة ، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

وذلك جاز ؛ ألا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى - فساهم فكان من المدحفين - وذلك لأنه علم أنه هو المقصود . ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما نسب إلى مالا يليق بالأنبياء فاستعمل القرعة لذلك . وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الأحياء ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالته عنده تطيباً لقلوبهم كما قال الله تعالى - إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم - وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه إذا أراد السفر تطيباً لقلوبهن ، انتهى كلامهم . وعزاني النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل إلى المبسوط .

بكونه أحق بها لكون خالته عنده تطيباً لقلوبهم . قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة في أيديهم عقار طلبوا قسمته وفي أحد الجانبين فضل . فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة ، وإن تراضوا أدخلها لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة فيها فيه الشركة . ولأنه يفوت التعديل المراد بالقسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل إليها ، وليس بين ما يصل إليه الرجل في الحال وما لا يصل معادلة . فلا يصار إليه إلا عند الضرورة ، ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيها إذا كان أرض وبناء إلى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة ، لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم ، وأبو حنيفة رحمه الله إلى أن الأرض تقسم بالمساحة لأنها الأصل في المسوحات ، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج . ومحمد رحمه الله إلى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه . فإن لم تغ العرصه بقيمة البناء فيحتل يرد الفضل دراهم لأن الضرورة تحقت في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا لها . وهذا يوافق رواية الأصل لأنه قال فيه : يقسم الدار بذراعة فلا يعمل لأحدهما على الآخر فضلاً من الدراهم وغيرها ، كذا في بعض الشروح . قوله (فإن قسم بينهم) يعني إن قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولأحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو إما أن يمكن صرف ذلك عنه أو لا (فإن أمكن فليس له أن يستطرق) ويسيل (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطاً في القسمة أو لم يكن (لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الإفراز والتمييز (من غير ضرر) بأن لا يبيح لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل إلى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وإن شرطت ، بخلاف البيع

(قوله لأنه لا شركة) أقول : تدليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض الشرح) أقول : يعني الإقتنا في غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطاً) أقول : يذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة إلى قوله : بأن لا يبيح لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول : قوله بأن متعلق بقوله تحقيق ، وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبيح .

(وإن لم يمكن فسخت القسمة) لأن القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فاستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة ، لأن المقصود منه تملك العين ، وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال . أما القسمة لتكامل المنفعة ولا يَم ذلك إلا بالطريق ، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب ، لأن معنى القسمة الإفرز والتمييز ، وتام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصاري إليه . بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل ، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره . وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتكامل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيب باعتباره . وفيها معنى الإفرز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا ، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيب ، بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيب ، لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ، إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقيق الإفرز بالكلية دونه (وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليحقق تكامل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لأن الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق

أقول : بين أول كلامهم هذا وآخره تدافع ، لأنهم صرحوا أولا بأن مشروعية استعمال القرعة هاهنا جواب الاستحسان ، والقياس بأبي ذلك لكونه في معنى القمار وقالوا آخرها إن هذا ليس في معنى القمار . وبينوا الفرق بينهما وبين القمار ، وذكروا ورود

فإنها إذا شرطت فيه دخلت لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل إلا بالشرط (وإن لم يمكن) فلما أن بشرط ذلك في القسمة أولا . فإن كان الثاني (فسخت القسمة لأنها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فاستأنف ، وهذا بخلاف البيع) فإنه إذا باع دارا أو أرضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسهيل الماء ولم تذكر الحقوق فإنه (لا يفسد . لأن المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال) كما لو اشترى جحشا صغيرا (وأما القسمة فإنها لتكامل المنفعة . ولا يَم ذلك إلا بالطريق) وإن كان الأول يدخل فيها لأن القسمة لتكامل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل ، فيدخل عند التنصيب باعتبار التكامل ، وفيها معنى الإفرز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا ، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيب . وتقريره أن في القسمة تكميلا وإفرزا ، والحقوق بالنظر إلى التكميل تدخل وإن لم تذكر . وبالنظر إلى الإفرز لا تدخل وإن ذكرت لأن دخولها ينافي الإفرز ، فقلنا : تدخل عند التنصيب ولا تدخل عند علمه إعمالا للوجهين بقدر الإمكان ، بخلاف الإجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيب لأن كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق ، فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة) فقال بعضهم : لاندع طريقا مشتركا ينال بل تقسم الكل . وقال بعضهم : بل ندع ينظر القاضي في حالم إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة (لتحقيق الإفرز بالكلية دونه) أي دون رفع الطريق (وإن كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليحقق تكامل المنفعة فيما وراء الطريق . ولو اختلفوا في مقداره) أي في سعة الطريق وضيقة وطوله فقال بعضهم : نجعل سعة الطريق أكبر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء . وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب وطوله لأن الحاجة تندفع به) فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك ، وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى هي أن أحد الشركاء إذا أراد أن يشرع جناحا في نصيبه ، إن كان فوق طول الباب كان له ذلك لأن الهواء فيها زاد على طول الباب مقسوم

(قوله فلا يدخل إلا بالشرط) أقول : في التصريح نوع تأمل .

بينهما أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين) لأن القسمة على التفاضل جائزة بالراضى . قال (وإذا كان سفلا لاعا عليه وعلوا لسفلا له وسفلا لعلوقم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا متبر بغير ذلك) قال رضى

نظائر له في الكتاب والسنة . فقد دل ذلك على أنه ليس مما أباه القياس أصلا بل هو مما يقتضيه القياس أيضا فتدافعا (قوله وإذا كان سفلا لعلو له وعلوا لسفلا له وسفلا لعلو إلى آخره) قال صاحب النهاية : صورة المسئلة أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفلا مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضى القسمة . وإنما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسم العلوم مع السفلا قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى . وقد أخذ الشارح المزبور ذلك التصيد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بأن يقال : فإن قيل : كيف يقسم العلوم مع السفلا قسمة واحدة عند أبي حنيفة ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة إذا لم تكن في دار واحدة ؟ قلنا : موضوع المسئلة أنهما كانا في دار واحدة ، والبيتان في دار واحدة عند أبي حنيفة يقسم قسمة جمع ، ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة ، ولكن طلبوا من القاضى المعادلة فيما بينهم . وعند أبي حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا انتهى . وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة أيضا ، غنى المأخذ الأولى . أقول : فيه إشكال من حيث الرواية والدراية . أما الأول فلأن ذلك التصيد مخالف لروايات عامة الكتب ، منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال : والبيوت في محل محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيها يسير انتهى . ولا شك أن المحلة فوق الدار ، فإذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالإجماع ، فلأن قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالإجماع أولى كما لا يخفى . ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال : ثم هي على ثلاثة فصول عند أبي حنيفة : الدور ، والبيوت ، والمنازل . فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا برضا الشركاء سواء كانت متباعدة أو متلازمة ، والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباعدة أو متلازمة ، لأنها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا توجب بأجرة واحدة في كل حلة . والمنازل المتلازمة كالبيوت تقسم قسمة واحدة ، والمتباعدة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لأن المنزل فوق البيت ودون الدار ، فألحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلازمة ، وبالدور إذا كانت متباعدة . وقالوا في الفصول كلها : ينظر القاضى إلى أعدل الوجوه لبعضى القسمة على ذلك انتهى . وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك : والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى . ومنها ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال : وإن كان بين الرجلين بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما في بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ، ولو كان بينهما منزلان إن كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ، ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد ، وهذا كله قول أبي حنيفة . وقال صاحباه : الدار والبيت سواء والرأى فيه للقاضى انتهى .

بينهم فكان بانيا على خالص حقه ، وإن كان فيها دون طول الباب يمنع من ذلك لأن قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء المشترك . وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء ، وإن كان المقسوم أرضا يرفع من الطريق بمقدار ما يمر فيه ثور واحد ، لأنه لا بد للزراعة من ذلك ، ولا يجعل مقدار ما يمر فيه ثوران معا ، وإن كان محتاجا إلى ذلك لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدى إلى الالبتاهى : كذا في النهاية ، وباقى كلامه واضح . قال (وإذا كان سفلا لعلو له) صورة المسئلة أن يكون علوا مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفلا مشتركا بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشتركا بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضى القسمة ، وإنما قيدنا بذلك لئلا يقال : تقسم العلوم مع السفلا قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإذا ظهر ذلك فاعلم أن علماءنا رحمهم الله اختلفوا في كيفية قسمة ذلك ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله : يقسم بالنزوع لأنه الأصل في القسمة في المنزوع لكون الشركة فيه لا في القيمة . وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة . فإن كانت قيمتهما سواء كان خراج بذراع ، وإن كانت قيمة أحدهما

الله عنه : هذا عند محمد رحمه الله : وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : يقسم بالذرع . لمحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو إصطبلًا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة . وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل ، لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصير إليه ما أمكن . والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق . ثم اختلفا في بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله : ذراع من سفلى بذراعين من علو . وقال أبو يوسف رحمه الله : ذراع بذراع . قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفصيل السفلى مرة والعلو أخرى . وقيل هو اختلاف معنى . ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضغفه لأنها تبقى بعد فوات

ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالإجماع متصلين كانا أو منفصلين اهـ . إلى غير ذلك من المعبرات . ولا يخفى على ذى فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الإطلاق . وأما الثاني فلا يخفى إن أريد بالتراضى في قوله أو في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيا فيما بينهما على قسمة معينة لزم أن لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا الثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب . إذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكافة . فإنه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيفما كان بلا خلاف من أحد . ألا يرى أن الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة . وعند تراضى الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضا كما صرحوا به قاطبة . وإن أريد بالتراضى المذكور تراضيا على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة التباية ومرجع الدراية والذخيرة وهى قولهم : ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضوا على القسمة ولكن طلبوا من التقاضى المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لأنهما إنما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة ، فإن كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة . فالظاهر أن وجهه عدم إمكان التعديل في قسمة قسمة واحدة كما قال في الدور . فإذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها . وبالحمل على لبري معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضى على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره ، فما معنى اختلاف جواب المسئلة في صورتين فتأمل (قوله لمحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو إصطبلًا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة) أقول : كان انظار في التعليل من قبل محمد أن يزاد على قوله إن السفلى يصاح لما لا يصلح له العلو . وإن العلو يصاح لما لا يصلح له السفلى كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك ، فإن مجرد صلاحية السفلى لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضى تفضيل السفلى على العلو مطلقا كما هو مذهب أبي حنيفة . فلا ينافى تقسيم ذراع من سفلى بذراعين من علو . بخلاف تفصيل السفلى مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه يناقض القسمة بالذرع أصلا ويقضى التحير إلى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل . وعن هذا قال فيها يسائى : ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما ، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . وقال : ولقتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل باده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بأن

نصف قيمة الآخر بحسب ذراع بذراعين . وعلى هذا الحساب لأن السفلى يصاح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والإصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة . ثم اختلف المشايخ في كيفية القسمة بالذرع . فقال أبو حنيفة : ذراع سفلى بذراعين من علو . وقال أبو يوسف : ذراع بذراع . واختلف المشايخ بأن معنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهي . فقال بعضهم : أجاب كل واحد منهم

العو . ومنفعة العوا لا تبقى بعد فناء السفلى ، وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى ، وفى العلو السكنى لا غير إذ

مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان فى تفضيل السفلى على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما ، أو هو معنى فقهى فقال بعضهم : أوجب كل منهم على عادة أهل عصره . أوجب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من أهل الكوفة فى اختيار السفلى على العلو . وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفلى فى منفعة السكنى . ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات فى البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى انتهى . أقول : فى أوائل تحريره خلل حيث قال أو العكس من ذلك . ولا يخفى أن عكس تفضيل السفلى على العلو مطلقا إنما هو تفضيل العلو على السفلى مطلقا ، وهو ليس بمذهب أحد فى الاختلاف المذكور ، وإنما المذهب فيه تفضيل السفلى على العلو مطلقا كما قال به أبو حنيفة واستوائهما كما قال به أبو يوسف ، وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى كما قال به محمد ، وليس الثالث بعكس الأول كما لا يخفى . وقدر صاحب الهداية فى حسن تحريره وإصابته حيث قال فى تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى : فأصاب المحرر فى إفادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة فى الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء : هذا مخالف لقوله والمرامى التسوية فى السكنى لا المرافق . إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اهـ . أقول : ليس ذلك بسديد ، أما أولا فلأن معنى قوله فيما مر والمرامى التسوية فى السكنى لا فى المرافق أن المرامى فى نفس القسمة بالنزوع التى هى الأصل التسوية فى السكنى لا فى المرافق . إذ الاتحاد فى الجنس يحصل بالاتحاد فى منفعة السكنى بدون الاحتياج إلى الاتحاد فى المرافق . فيصار إلى ما هو الأصل عند الاتحاد فى الجنس من قسمة العين دون القيمة . ومراده هاهنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضا فى كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهى ذراع من سفلى بذراعين من علو ، ولا بعدى أن يراعى فى كيفية القسمة بالنزوع مالا يراعى فى نفس القسمة بالنزوع . فإن نفس القسمة بالنزوع قد تتحقق منفعة عن تلك الكيفية كما فى قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين فى المقامين كما لا يخفى . وأما ثانيا فلأنه لا معنى لقوله إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة . فإن المذكور فيما مر بقوله والمرامى التسوية فى السكنى لا فى المرافق إنما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور هاهنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة السكنى إلى آخره إنما هو وجه قول أبي حنيفة وحده .

على عادة أهل عصره : أوجب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة فى اختيار السفلى على العلو . وأبو يوسف بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفلى فى منفعة السكنى ، ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات فى البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى . وقال بعضهم : بل ببناء معنى فقهى . ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى ترى على منفعة العلو بضغفه لأنها تبقى بعد فوات العلو دون العكس . وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى ، وفى العلو منفعة السكنى لا غير . إذ لا يمكنه البناء على عاوه إلا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى . ولأبي يوسف رحمه الله أن المتعود أصل السكنى وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان مثالان لأن لكل واحد منهما أن يفعل مالا يضر بالآخر على أصله . ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما ، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . وقوله لا يفتقر إلى التفسير . وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله فى مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرى ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل . لأن العلو عنده مثل نصف السفلى ، فثلاثة وثلاثون وثلاث من العلو الكامل فى مقابلة مثله من العلو المجرى . وثلاثة وثلاثون وثلاث من سفلى الكامل فى مقابلة ستة وستين وثلاثين من العلو المجرى فذلك تمام مائة . ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرى ستة وستون وثلاث ذراع من البيت الكامل ، لأن علوه مثل نصف سفله ، فستة وستون وثلاثين من

(قال المصنف : وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى) أقول : مخالف لقوله والمرامى التسوية فى السكنى لا فى المرافق ، إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر .

لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل ، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى . ولأن يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله . ولحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله . وقوله لا يقتصر على التفسير ، وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفلى فتلاثة وثلاثون وثلث من السفلى ستة وستون وثلثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثان ذراع ، لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا . والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله . وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد . ومائة ذراع من العلو المجرد ، لأن السفلى والعلو عنده سواء ، فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خسون منها سفلى وخسون منها علو . قال (وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضى الله عنه : هذا الذى ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا تقبل . وهو قول أبي يوسف أولا ، وبه قال الشافعى . وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسيا القاضى وغيرهما سواء . لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل ، كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله . ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لاعلى فعل أنفسهما ، لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه . أو لأنه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم ، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه . وقال الطحاوى : إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع ، وإليه مال بعض المشايخ لأنهما بديان إيفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل . إلا أنا نقول : هما لا يجبران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنا

وما ذكره محمد بمزول عن ذلك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد ، وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاهما ، على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح ، إذ لاشك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولأن يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول : حتى التحرير أن يقال : إن أصل المقصود هو السكنى ، وهذا ظاهر للفطن المتدبر في المقام (قوله والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء : قوله والسفل المجرد إلى آخره مستترك لاحاجة إليه كما لا يخفى انتهى . أقول : دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الإنصاف ، فإن قوله فيها قبل لأن العلو مثل نصف السفلى ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثان ذراع ، وإنما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد : أى سفلى البيت الكامل ستة وستون وثلثان لأنه

السفل الكامل بمقابلة مثله من السفلى المجرد ستة وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفلى المجرد فذلك تمام مائة . وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب (قوله وإذا اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم بعض نصيب في يد صاحبه (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدورى ولم يذكر خلافا ، وكأنه مال إلى قول الخصاف فإنه ذكر قول محمد كقولهما . وقوله أو لأنه : أى التمييز لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم قبل ، لأن الرجوع

(قوله في السفلى المجرد) أقول : الظاهر أن يقال من السفلى (قال المصنف : والسفل المجرد ستة وستون الخ) أقول : قوله والسفل المجرد الخ مستترك لاحاجة إليه كما لا يخفى .

لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التميز ، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانضت الهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير . ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكراً ، والله أعلم .

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

قال (وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا بينة) لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة (فإن لم يكن له بينة استحلقت الشركاء فن نكل منهم جمع بين نصيب التاكل والمدعى فيقسم بينهما على قدر أنصباهما . لأن النكول حجة في حقه خاصة)
 هدف العلو فيجعل بمقابلة مثله : أي بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه أصلاً . نعم حتى البيان أن يؤخر قوله قبلت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم .

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لاتقع آخر ذكرها . قال صاحب العناية أخذنا من غاية البيان : والأصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة ، فإن كان الأول محالاً وتفسخ القسمة إن لم يكن في دعواه متناقضاً ، وإن كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكرها . واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث ، فإنهم إذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تخالف فيه ولا بينة ولا يمين كما ينبغي انتهى . أقول : ذلك منقطع ، فإن الظاهر أن المقسم في الأصل المزبور هو الاختلاف الملتصق إليه المعبر في الشرع ، وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيها إذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيها إذا كانت بقضاء القاضي ، ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات إليه في الشرع كما سيجيء ، فلا يرد به النقض على شيء من التقسيم المذكورين في الأصل المزبور (قوله فإن لم تكن له بينة استحلقت الشركاء) لأنهم لو أقرّوا لزهمهم . فإذا أنكروا استحلقتوا لرجاء النكول ، كذا في الكافي وعامة الشروح .
 صحيح قبل القبض ، وهو صحيح إذا كانت القسمة بتراضيهما . أما إذا كان القاضي أو نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء أن يأتي ذلك بعد خروج بعض السهام ، والباقي واضح .

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة آخر ذكرها . والأصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة ، فإن كان الأول محالاً وتفسخ القسمة إن لم يكن في دعواه متناقضاً . وإن كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر فعل هذا إذا ادعى أحدهما الغلط في القسمة وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا بينة لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة كالشترى إذا ادعى لنفسه خيار الشرط ، فإن إقامتها فقد نوزد دعواها بها ، وإن عجز عنها استحلقت الشركاء ، لأنهم لو أقرّوا

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق)

(قوله فإن كان الأول محالاً الخ) أقول : وفيه بحث ، فإنهم إذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تخالف فيه ولا بينة ولا يمين كما ينبغي . (قوله وإن عجز عنها استحلقت الشركاء) لأنهم لو أقرّوا لزهمهم الخ . أقول : لو صح للدعوى

فيعاملان على زعمهما . قال رضى الله عنه : ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه . وإليه أشار من بعد (وإن قال قد استوفيت حتى وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لأنه يدعى عليه النصب وهو منكر (وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفاً وفسخت القسمة)

وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : لو صح هذا للدلالة على وجوب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى . أقول : ليس ذلك بوارد إذ قد تقرر في كتاب الإقرار أن حكم الإقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له إلا في نسب الولاد ونحوه . ولكن يرد الإقرار برد المقر له ، إلا بعد تصديقه . فإنه لا يرد حينئذ أصلاً فإذا تقرر ذلك فادعاه المقر أنه كذب في إقراره إن كان بعد تصديق المقر له إياه في إقراره لا يدل ما ذكرناه من هاهنا على وجوب تحليف المقر له هناك إذ لا يمتنع فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في إقراره بعد تصديقه إياه في إقراره لزمه ذلك ، فإن الإقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك بشيء بإقراره بكذب المقر في إقراره . وإلا لزم أن يرد الإقرار الأول برد المقر له ذلك بعد تصديقه إياه ، وإن كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في إقراره فلا يدل ما ذكرناه هاهنا أيضاً على ذلك ، فإنه يمتنع فيه أن يقال : لو أقر المقر له بكذب المقر في إقراره لزمه ذلك . ولكن لا يمتنع فيه أن يقال فإذا أنكر استحلقت كما قالوا فيها نحن فيه . لأنه إذا أنكر ذلك كان مصداقاً له في إقراره . لأن إنكار كذبه في إقراره يقتضي تصديقه في إقراره ، فبعد ذلك لا يقبل الإقرار الرد فلا فائدة في استحلافه ، ولذلك لم ينب تحليف المقر له هناك عند أبي حنيفة ومحمد ، بخلاف ما نحن فيه ، تأمل فيما قلنا فاعلم فيه دقة . ثم أقول : لكن بقي فيما ذكرناه شيء وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول إنما يرتبط بما قبله على قول من قال إن النكول إقرار . وأما على قول من قال إنه يدل لا إقرار كما ذهب إليه أبو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلاً فلا فائدة إذا لم يكن إقراره لا يلزم من لزوم إقرارهم لو أقرروا وجوب استحلافهم إذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه : ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن المداية : وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيهان ما يؤيد هذا . وقال : وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيفائه حقه ، ثم لما تأمل حتى التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة : وفيه بحث ، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعاً عن صحة الدعوى لاتساع البيعة لا بنائها ، على صحة الدعوى . وإن لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفاً . أقول : يمكن أن يقال : إنه ليس مانعاً عن صحة الدعوى . ولا ينبغي أن يتحالفاً بناء على ما حققه صاحب اللخيرة حيث قال : وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فتوعان : نوع يوجب التحالف . ونوع لا يوجب التحالف . والذي يوجب التحالف أن يدعى أحد المتقاسمين غلطاً في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعياً

لزمهم فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول ، فمن حلف لاسبيل عليه . ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر في الكتاب ، ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه . قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلاً) يعني وإن أقام البيعة لتناقضه . لأنه إذا أشهد على نفسه : أى أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكامله كان الدعوى بعد ذلك تناقضاً . قوله (وإليه أشار من بعد) يريد قوله (وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء)

وجوب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره ، مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة وعبد ربهما الله (قال المصنف : ينبغي أن لا يقبل دعواه) أقول : قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيهان ما يؤيد هذا . وقال : وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيفائه حقه ، ثم لما تأمل حتى التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى . وفيه بحث ، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعاً عن صحة الدعوى لاتساع البيعة لا بنائها على صحة الدعوى ، وإن لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفاً .

لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتصق إليه) لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي، إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش (لأن تصرفه مقيد بالعدل

الغصب بدعوى الغلط، والذي لا يوجب التحالف أن يدعى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعى الغصب بدعوى الغلط. وقال في النوع الأول: وإنما وجب التحالف لأن القسمة في معنى البيع، وفي البيع إذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان قائما هكذا في القسمة. وقال: هذا إذا لم يسبق منهما إقرار باستيفاء الحق. وأما إذا سبق لاسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب. وقال في النوع الثاني: إذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الأول، فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فإذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى. فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا، بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة إلى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة، لأن دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الإقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا ينبغي على التأمل (قوله لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول: فيه بحث، وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما إذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس، لأن أحد المتبايعين يدعى الزيادة والآخر ينكرها، وإن الآخر يدعى وجوب تسليم البذل بما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف، وأما بعد القبض فبخلاف القياس لأن القابض منهما لا يدعى شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه، لكننا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلمة قائمة بينهما تحالفا وترادا» فإذا تقرر ذلك فقيا نحن فيه أحد الشريكين قابض نصيبه فإنه ذو اليد ولا يدعى على الآخر شيئا، وإنما يدعى الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس، ولا مجال لإجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لأن ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس، وقد تقرر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يخص بمورده. ولا بطريق دلالة النص، لأن القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه إذ فيها معنى الإفراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة، والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الإفراز، ولا بد في الإلحاق بطريق الدلالة من الأولوية أو التساوي على ما عرف

وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة، لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع، ووجه الإشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الأولى، ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى. وإذا كان التناقض موجودا وجب أن لا يتقبل دعواه أصلا، وإن قال قد استوفيت حتى وأخذت بعضه وعجز عن إقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعى عليه الغصب وهو ينكر. ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو إما أن يكون سيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين، فإن كان الأول لم يلتصق إلى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي، لأن الاحتراز عن مثله عسر جدا، وإن كان الثاني، فإن كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لأن الرضا منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد، وإن كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله. وحكى عن الفقيه أبي جعفر المندلواني رحمه الله أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى لأن القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه

(قوله ووجه الإشارة أن هذا المعنى الخ) أقول: بل وجه الإشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه إن أشهد لايحالفان على ما هو المقرر في الروايات لأن دعواه لم تصح لتناقض، فلذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تأمل.

(ولو اقتسنا دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهم بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعله إقامة البيئة) لما قلنا (وإن أقاما البيئة يؤخذ بيته المدعى) لأنه خارج ، وبينه الخارج ترجح على بيئة ذى اليد (وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادّا . وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البيئة يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو في يد صاحبه) لما بينا (وإن قامت لأحدهما بيئة قضى له . وإن لم تقم لو أحد منهما تحالفا) كما في البيع .

(فصل)

قال (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم يفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بخصه ذلك في نصيب

في موضعه ولم يوجد شيء منها هنا فليتأمل في الدفع) قوله ولو اقتسنا دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعله إقامة البيئة لما قلنا) قال في العناية : قوله لما قلنا إشارة إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا بيته لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى . واستشكله بعض الفضلاء حيث قال : فسخ القسمة ليس بظاهر . فإن المدعى شيء معين وهو البيت ، فإذا نورّ دعواه بالبيئة يحكم بالبيت للمدعى انتهى . أقول : الظاهر أن المراد بفسخ القسمة في قوله لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعينة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذى اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى يتأني ما سيجيء في الفصل الآتي من أنه إذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا يفسخ القسمة بالإجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الأول فيما نحن فيه إذا نورّ دعواه بالبيئة ظاهر لا يمتنع .

(فصل)

أما البيع من غير المالك فإنه ينقض بالعين الفاحش كبيع الأب والوصى . ولقائل أن يقول : تسمع هذه الدعوى لأن المعادلة شرط في القسمة ، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة . فإذا ظهر في القيمة عين فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها . والصدور الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الأول وهو مختار المصنف رحمه الله . وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني . قوله (ولو اقتسنا دارا) هو عين مسئلة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا بيته لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها . وقوله (وكذا إذا اختلفا في الحدود) قيل صورته : دار اقتسما رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البيئة يقضى لكل واحد بالجزء الذى في يد صاحبه لما بينا . يعنى قوله لأنه خارج وبينه الخارج ترجح على بيئة ذى اليد، والباقي واضح .

(فصل)

لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما) هادئا ثلاثة أوجه : استحقاق بعض معين

(قوله لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول : فسخ القسمة ليس بظاهر ، فإن المدعى شيء معين وهو البيت ، فإذا نورّ دعواه بالبيئة يحكم بالبيت للمدعى .

(فصل : وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه)

صاحبه . وقال أبو يوسف : تفسخ القسمة) قال رضى الله عنه : ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر فى الأسرار . والصحيح أن الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما ، فأما فى استحقاق بعض معين لاتفسخ القسمة بالإجماع ، ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق . فهذه ثلاثة أوجه . ولم يذكر قول محمد . وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح .

لما فرغ من بيان الغلط شرع فى بيان الاستحقاق (قوله قال رضى الله عنه : ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الأسرار) أى قال المصنف : ذكر القدورى الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما ، وهكذا ذكر الاختلاف فى الأسرار . قال صاحب النهاية : وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً . لأن هذه المسئلة المذكورة فى الأسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكراراً بلفظ الشائع غير مرة انتهى . أقول : وتعدية الحوالة بكلمة إلى فى قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً أيضاً ، والمطابق للغة تعديتها بكلمة على . وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعينه عبارته : وأقول : وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضاً نظر . فإن قول القدورى وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه : وإذا استحق بعض شائع فى نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع

فى أحد النصيبين أو فيهما جميعاً . واستحقاق بعض شائع فى النصيبين . واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين . فى الأول لاتفسخ القسمة بالاتفاق . وفى الثانى تفسخ بالاتفاق . وفى الثالث لم تفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولكن بغير إن شاء رجع بخصه ذلك فى نصيب صاحبه ، وإن شاء رد ما بقى واقتسم ثانياً . وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ، ومحمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص وهو الصحيح . وصورة المسئلة إن أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء بأن تكون قيمة الدار ألفاً ومائتى درهم مثلاً وقيمة الثلث المقدم مائة درهم وقيمة ما بقى من المؤخر نصف الثلث المقدم . فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لميب التخصيص ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده . لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده وقيمتها ثلاثاً ، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمتها مائة وخمسون اعتباراً للجزء بالكل فيصير فى يد كل من الشريكين أربع مائة درهم وخمسون درهماً والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين . قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعنى القدورى رحمه الله فى استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر فى الأسرار أن الاختلاف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما ، قال صاحب النهاية رحمه الله : وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً ، لأن هذه المسئلة المذكورة فى الأسرار فى الشائع وضعا وتعليلاً من الجانبين وتكراراً بلفظ الشائع غير مرة . وأقول : وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضاً نظر ، فإن قول القدورى وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض ، فيكون تقدير كلامه :

(قوله فى الأول . إلى قوله : وفى الثالث) أقول : أراد بالأول قوله استحقاق بعض معين ، وأراد بالثانى قوله واستحقاق بعض شائع فى النصيبين ، وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين (قوله فى الأول لايفسخ القسمة بالاتفاق) أقول : فى شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافق ، ونص عبارته : وإن استحق البعض من نصيب كل واحد ، فإن كان ثالثاً فسخت القسمة ، وإن كان مبيتاً لم يذكر هذه المسئلة . فأقول : لايفسخ للقسمة بل يحمل هذا المستحق كأن لم يكن ، فإن كان الباقي فى يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لأحدهما على صاحبه . وإن نقض من نصيب أحدهما بربع بالخصه ، كما إذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خسة من نصيب هذا ، وخسة من ذلك فلا رجوع ، وإن كانت أربعة من هذا وستة من ذلك يرجع الثانى على الأول بتمامه . وفى غاية البيان : والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه : ففى استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعاً لاتنقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص فى ذلك) أقول : لكنه ظاهر فيه . ويكنى ذلك المصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما) أقول : الأصل فى أنشال

لأنّ يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما . والقسمه بدون رضاه باطله . كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين . وهذا لأن باستحقاق جزء شائع يتعدى معنى القسمه وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا ، بخلاف المعين . ولهما أن معنى الإفراز لا يتعدى باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمه على هذا الوجه في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لاشركة لغيرهما فيه فاقسما على أن لأحدهما مالهما من المقدم وربيع المؤخر يجوز فكذا في الانتباه وصار كاستحقاق شيء معين ، بخلاف الشائع في النصيبين لأنه لو بقيت القسمه لتضرر الثالث بتفرق نصيبه

لا في المعين انتهى . أقول : لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام القدرى إن لم يكن نصاً فيها حل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشبه على أحد من فحول العلماء ، لأنّ قوله بعينه لو لم يكن متعلقاً ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة مبرهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسئلة . وأيضاً لو كان قوله بعينه متعلقاً بقوله نصيب أحدهما كان مجرد التأكيد بل صار بمنزلة النفي في مثل هذا المقام . وأما إذا كان متعلقاً ببعض يكون تأسيساً مفيداً للسراد من لا للإيهام فأشبه هذا من ذلك . على أن الأصل في أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف إليه كما بين في محله . فتبين أن كلام القدرى ظاهر فيها حل عليه المصنف ، وقد تقرر في علم الأصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعاً بالنص على أحد معني الفعل وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل . إلا أن التفاوت بينهما : أى بين الظاهر والنص إنما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لأنّ يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله) قال صاحب العناية في تبليط هذه المقدمة : أخى قوله والقسمه بدون رضاه باطله لأن موضوع المسئلة فيها إذا تراخيا على القسمه لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من الرضى انتهى . ومأخذ تعليقه هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الإمام علاء الدين الإسيباني حيث قال : وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيباني في شرح الكافي : وضع المسئلة فيها إذا تراخيا على القسمه لأنه اعتبر القيمة والقسمه بالقيمة عند أبي حنيفة لاتصح إلا عن تراض انتهى . وأورد بعض الفضلاء على

وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين . لأنّ يوسف رحمه الله أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله ، لأن موضوع المسئلة فيها إذا تراخيا على القسمه لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من الرضى . وصار كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمه وهو الإفراز . أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح ، وأما في النصيب الآخر فلا يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا ، بخلاف المعين فإن باستحقاق بعض معين يبق الإفراز فيها وراهه . لكنه يتخير إن شاء نقض القسمه من الأصل لأنه مارضى بها إلا على تقدير المعادلة وقد فاتت . ولهما أن معنى الإفراز لا يتعدى باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لأنه لا يوجب الرجوع في نصيب الآخر ، ولهذا جازت القسمه على هذا الوجه في الابتداء بأن كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضاً فاقسما الاثنين على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربيع المؤخر ، وإذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الأول وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتهاء معنى الإفراز . بخلاف الشائع في النصيبين : فإنه لو بقيت القسمه لتضرر الثالث

تعلقه بالمضاف على ما بين ، ثم الحمل على التأسيس غير من التأكيد فتأمل (قوله لأن موضوع المسئلة فيها إذا تراخيا على القسمه) أقول : لإحاجة إلى القول بوضع المسئلة في صورة التراض ، فإنها إذا كانت بقضاء القاضي يبطل أيضاً إذا لم يرض الغائب على ما يعنى . في طرح قوله ولو أرى أ. الفرماء (قوله لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من الرضى) أقول : فيه بحث . فإن القيمة معتبرة فيها إذا كانت القيمة بقضاء القاضي أيضاً ، بل اعتبارها فيها أكد ، ولهذا لو كان باللبن التفاح في أحد الطرفين فيفسخ على المر في الدرس السابق (قوله فاقسما الاثنين)

في النصيبين . أما هاهنا لا ضرر بالمستحق فافترقا . وصورة المسئلة : إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء ثم استحق نصف المقدم . فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لعب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر ، لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده ، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل . ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شاعنا رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض . وعند أبي يوسف : ما في يد صاحبه بينهما نصفان ، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تتقلب فاسدة عنده ، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه .

قول صاحب العناية لأن موضوع المسئلة فيها إذا ترانسا على القسمة حيث قال : لا حاجة إلى القول بوضع المسئلة في صورة الراضى . فلنبا إذا كانت بقضاء القاضى تبطل إذا لم يرض الغائب على ما ينهى في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء انتهى . أقول : ليس ذلك بصحيح . إذ لا شك أن القسمة بين الورثة إذا كانت بقضاء القاضى لا تبطل بعدم رضا الغائب : ألا يرى إلى ما مر في الكتاب في أوائل كتاب القسمة من قوله وإذا حضر وارثان وأقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلًا يقبض نصيبه انتهى . ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما ساغ للقاضى القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين . ثم إن قوله على ما ينهى في شرح قوله ولو أبرأ الغرماء ليس بخوالة رابغة . إذ لا شيء في شرح ذلك ما يوجب بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة : نحن نقضى حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصى له لأن حقهما في عين التركة فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاها انتهى . لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة لا انتفاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج إلى الاستئناف كما هو قول أبي يوسف فيما نحن فيه ، أو المراد انتفاضها بالكلية أيضا ، لكن في صورة القسمة بالراضى دون القسمة بقضاء القاضى ، إذ لا تنقض القسمة بالكلية فيما إذا ظهر وارث أو الموصى له إذا كانت القسمة بقضاء القاضى . نص عليه في البدائع حيث قال فيه : موجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع : منها ظهور دين على الميت إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم . ثم قال : ومنها ظهور الوصية لأن الموصى له شريك الورثة ، ألا يرى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة هلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشركة بينهم . ولو اقتسموا ورثة وارث غائب تنقض ، فكذا هذا . وقال : وهذا إذا كانت القسمة بالراضى ، فإن كانت بقضاء القاضى لا تنقض لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضى

بفريق نصيبه في النصيبين ، أما هاهنا فلا ضرر للمستحق . وقوله (وصورة المسئلة) يعنى مسئلة الكتاب لا المستشهد بها ، وقد قدمناه دفعا لهذا اللبس . قوله (ولو باع صاحب المقدم نصفه) يعنى النصف من الثلث المقدم الذى وقع في نصيب أحدهما ثم استحق النصف الثانى رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعنى من قوله لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده إلى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة ، لأن الفسخ إنما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع . وعند أبي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان ، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تتقلب فاسدة عنه فيقتسم الباقي بعد الاستحقاق . قوله (والمقبوض بالعقد الفاسد) جواب عما يقال : ينبغي أن ينقض البيع لأنه بناء على القسمة الفاسدة . والبناء على الفاسد فاسد . ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة ، وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد ، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه ، وهو مضمون بالقيمة لتعذر

أقول : الظاهر أن يقال : فاقسم الاثنان (قال المحقق : لأن القسمة تتقلب فاسدة عنه) أقول : يعنى في حق المقام لا في حق المستحق : فلا تخالف لما مر من أن القسمة بدون رضا باطلة .

قال (ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لأنه يمنع وقوع الملك للوارث، وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم، ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لأن المانع قد زال. ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض، إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة. ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم يسمع للتناقض. إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً.

إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لانتقض قسمته، لأن القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد بنقض ولا ينقض. ثم قال: ومنها ظهور الوارث، حتى لو اقتصموا ثم ظهر أن ثمة وارثاً آخر نقضت قسمتهم. ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لانتقض لما ذكرنا، إلى هنا لفظه. ثم إن ذلك البعض أورد أيضاً على قول صاحب العناية لأنه اعتبر القيمة فيما فلا بد من التراضي حيث قال: فيه بحث، فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً بل اعتبارها فيه أكد، ولهذا لو كان بالغين الفاحش في أحد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى. أقول: هذا أيضاً ليس بصحيح، لأن القسمة بالقيمة لاتصح عند أبي حنيفة أصلاً إلا عن تراض. وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الإسلام علاء الدين الأسيبجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدق بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب، فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول أبي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما إذا تراضيا على القسمة لا فيما إذا كانت بقضاء القاضي؛ فقله فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً إن أراد أنها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضاً فليس كذلك، وإن أراد به أنها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيئاً، فإن عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية. وقوله بل اعتبارها فيما أكد في عدم الإصابة. لأن تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر، بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو النوع أو العدد مما يليق بمنس المقسوم: فأبو حنيفة يعتبر في غبن القسمة بالقضاء التفاوت في العين بإحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة، وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة، بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بأن يقال: وإن اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الأكثر الغبن إلى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه، لأنه لا تناقض، إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية: ولقاتل أبي يقول: إن لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صححت كان

الوصول إلى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه. قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث. حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق، وكذا إذا كان الدين غير محيط بالتركة لعنق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم، لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم. ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطاً أو غير محيط لأن المانع قد زال، بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصى له، لأن حقهما في عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاها. وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح. ولو ادعى عينا لم يصح لأن الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم

(فصل في المهايأة)

المهايأة جائزة استحسانا للحاجة إليه ، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة ، ولهذا يجري فيه

له أن ينقض القسمة ، وذلك سعى في نقض ما تم من جهته . والجواب أنه إذا ثبت الدين بالينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى . أقول : في الجواب بحث ، لأنه إذا ثبت الدين بالينة ، فإن لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضى بها أولا فلزم السعى في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه ، فإن السعى في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره . واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : أنت خير بأن استأج البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس ، وهذه الدعوى غير صحيحة لاستزائها السعى في نقض ما تم من جهته فكيف تسمح البينة . والأولى أن يجاب بمنع استزائها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل انتهى كلامه . أقول : وأنت خير بأن كون استأج البينة بعد تبين صحة الدعوى لاعلى العكس غير مقيد ها هنا ، فإن المجيب لا يقول : إن هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الأمر ثم تبين صحتها بعد إقامة البينة ، بل يقول : إنها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة . بل احتمال ثبوت الدين بالينة ، قال جوابه منع استزائها ذلك كما أشار إليه بقوله فلا يلزم ذلك ، فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعى في نقض ما تم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالينة ، وإنما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق ، وذلك لا يدفع السؤال المزبور . ثم إن قول ذلك البعض : والأولى أن يجاب بمنع استزائها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم ، فما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل ، لأن الكلام فيها إذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤديه سائر الورثة إذ الحكم فيها إذا بقي من التركة بعد القسمة ما بقي بالدين أو أداه الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا .

(فصل في المهايأة)

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض التي هي المنافع : وأخرها عن قسمة الأعيان لكون الأعيان أصلا والمنافع فرعاً عليها . ثم إن المهايأة في اللغة : مفاعلة مشتقة من الميتة وهي الحالة الظاهرة للسبي للشيء . وإبدال المزمة ألفا لغة فيها . والهايو نفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيراضوا به . وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويتخارها . يقال هايا فلان فلانا وهايا القوم . وفي عرف الفقهاء : هي عبارة عن قسمة المنافع ، كذا في الشرح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة إليه) قال الشراح : والقياس بأبي جوازها ، لأنها مبادلة المنفعة بمنسأها . إذ كل واحد من

يتناقض في دعواه بالإقدام على القسمة . ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها ، فالإقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسم مشتركاً ودعوى الخصوص يتناقضه . ولقائل أن يقول : إن لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعى في نقض ما تم من جهته . والجواب أنه إذا ثبت الدين بالينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك .

(فصل في المهايأة)

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض وهي المهايأة ، وأخرها عن قسمة الأعيان

(قوله والجواب أنه إذا ثبت الدين بالينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول : أنت خير بأن استأج البينة بعد تبين صحة الدعوى لاعلى العكس ، وهذه الدعوى غير صحيحة لاستزائها السعى في نقض ما تم من جهته فكيف تسمح البينة ، والأولى أن يجاب بمنع استزائها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر ، أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل .

(فصل في المهايأة)

جبر القاضى كما يجرى فى القسمة ، إلا أن القسمة أقوى منه فى استحکال المنفعة لأنه جمع المنافع فى زمان واحد .
والتهايؤ جمع على التعاقب . ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ فى التكميل .
ولو وقعت فيها يَحْتَمِلُ القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لأنه أبلغ . ولا يبطل التهايؤ بموت
أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقص ثم الاستئناف (ولو تهائتا فى دار واحدة على
أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلهما جاز) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة ،
والتهايؤ فى هذا الوجه إفراز لجميع الأنصاء لامبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه

الشريكين ينفع فى نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه فى نوبته اهـ . أقول : فيه شيء ، وهو أن مذكروا
فى وجه إياه القياس جوازها إنما يتم فى صورة التهايؤ من حيث الزمان بأن ينفع أحدهما بعين واحد مدة وينفع الآخر به مدة
أخرى ، لافى صورة التهايؤ من حيث المكان كما إذا تهائتا فى دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها .
فإن التهايؤ فى هذه الصورة إفراز لجميع الأنصاء لامبادلة ، ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجىء فى الكتاب عن قريب .
والظاهر من تقريرهم كون جواز التهايؤ على الإطلاق أمرا استحسانيا مخالفا للقياس . ومذكروا أن بيانه لا يبنى بذلك كما ترى
(قوله إلا أن القسمة أقوى منه فى استحکال المنفعة ، لأنه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب) أقول : فى كلية
هذا التعليل نظر ، إذ قد صرحوا بأن التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان ، وسيأتى فى ذلك الكتاب
أيضا ، والجمع على التعاقب إنما هو فى التهايؤ من حيث الزمان ، وأما فى التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع فى زمان
واحد كما سنحققه . نعم إن القسمة فى الأعيان أقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذى هو قسمة المنافع لحصول التملك فى الأولى
من حيث الذات والمنفعة ، وفى الثانى من حيث المنفعة فحسب (قوله والتهايؤ فى هذا الوجه إفراز لجميع الأنصاء لامبادلة)

لكونها فرعا عليها ، وإلحاق أن الرجة بالياب أولى ، لأن الكلام فى باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكنها
باب من كتاب القسمة ، ويجوز أن يقال : إنها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه . والمهايأة مفاعلة من المينة وهى الحالة الظاهرة
للمتبيء للشيء وقد تبدل الميزة ألفا ، وتحقيقه أن كلا منهم يرضى بهيمة واحدة ويختارها . أو أن الشريك الثانى ينفع بالعين
على الهيئة التى ينفع بها الشريك الأول . وفى عرف الفقهاء : هى عبارة عن قسمة المنافع . وهى جائزة استحسانا . والقياس
بأبائها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها ، إذ كل واحد من الشريكين فى نوبته ينفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه
فى نوبته ، لكننا تركنا القياس بقوله تعالى - لما شرب ولكم شرب يوم معلوم - وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليها إذ يتعذر الاجتماع
على الانتفاع فأشبه القسمة ، ولهذا يجرى فيه جبر القاضى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجرى
فى القسمة إلا أن القسمة أقوى منها فى استحکال المنفعة لأنه جمع المنافع فى زمان واحد . والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا : أى ولكون
القسمة أقوى إذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ فى التكميل ، ولو وقعت فيها يَحْتَمِلُ القسمة ثم
طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما . لأنه لو انتقضت لاستأنفه الحاكم بحواز
أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة فى النقص ثم الاستئناف ، ولو تهائتا فى دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا
علوها وهذا سفلهما جاز لما ذكر فى المتن ، فالتهايؤ فى هذا الوجه وهو أن يسكن هذا فى جانب من الدار ويسكن هذا فى جانب
آخر منها فى زمان واحد إفراز لا مبادلة لتحقق معناه ، فإن القاضى يجمع جميع منافع أحدهما فى بيت واحد بعد أن كانت شائعة
فى البيتين ، وكذلك فى حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التأقيت . ولو كان مبادلة كان تملك المنافع بالعوض فيلحق بالإجارة
ويشترط التأقيت . قيل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه) يجوز أن يكون توضيحا لكونه إفرازا فإنه إذا كان إفرازا

(قوله لأنها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول : يعنى نسيئة (قوله يجوز أن يكون توضيحا) ، إل قوله : ومن حدثت المنافع على ملكه جاز
أن يستغل وإن لم يشترط فى العقد ذلك (أقول : منقوض بالإجارة) .

بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط (لحدوث المنافع على ملكه) ولو تهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز ، وكذا هذا في البيت الصغير (لأن المهاياة قد تكون في الزمان ،

ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ، هذا إرضاح أنه إفراز ، لأنه لو كان مبادلة كان تملك المنافع بالعوض فيلحق بالإجارة حينئذ فيشترط التأقيت ، كذا في الشروح . أقول : اقاتل أن يقول : إن أريد أنه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالإجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الإجارة فهو مسلم ، لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه إفرازا من وجه حتى يثبت كونه إفرازا لجميع الأنصبة لجواز أن يكون إفرازا من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون إفرازا لنصيب كل واحد منها من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الأخرى بنصيب الآخر في الناحية التي يسكن هو فيها ، كما قالوا في قسمة الأعيان على مامر في صدر كتاب القسمة أنها لا تعرى عن المبادلة والإفراز لأن ما يمتنع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذ عوضا عما عبي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا ، وإن أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالإجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الإجارة فهو ممنوع ، لأن الإجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيها هو إفراز من وجه ومبادلة من وجه . قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتهاب في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصبة ، فإن القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين ، وكذلك في حق الآخر انتهى . وقد سبق إلى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام . أقول : فيه نظر ، لأن جميع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل آخر كما تقرر في محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها . فإن قلت : ليس المراد أن القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر ، بل المراد أن القاضي يعتبر جمعها لتلا يكون ذلك التهاب مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار إليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت . قلت : اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار المحال متحققا حتى يرتكب الثاني لأجل دفع الأول ، وأيضا اعتبار المحال متحققا ليس بأولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الإجارة هاهنا للضرورة حتى يرتكب الأول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع لأجل الضرورة شائع في قواعد الشرع ؛ ألا يرى إلى ماذكروا فيها مرآنا من أن القياس بأن جواز التهاب لأنه مبادلة المنفعة بنفسها وهي لا يجوز عندنا على ما تقرر في كتاب الإجازات لكنها تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس إليه ، على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الأنصبة في بيت واحد ممنوع ، لأنه إنما يلزم ذلك أن لو كان التهاب في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه . وأما إذا كان إفرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لأن اشتراط التأقيت فيها هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة : فإن قلت : المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الإجارة . قلت لجواز أن يسترده المير قبل مضى المدة فلا فائدة انتهى . أقول : جواز الاسترداد قبل مضى المدة هاهنا أيضا متحقق ، إذ قد مر في الكتاب أنه لو وقعت المهاياة فيها يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة أبلغ ، فع احتيال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل المهاياة قبل مضى المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بناء على حدوث المنافع على ملكه ، ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضى المدة كما في صورة الاستعارة (قوله ولو تهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهاياة قد تكون في الزمان

كانت المنافع حادثة على ملكه ، ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وإن لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ، ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ، وفيه نظر لأنه لو كان مبادلة كان كذلك أيضا ، والأولى أن يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول إنهما إذا تهايتا ولم يشترط الإجارة في أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه (ولو تهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز ، وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهاياة قد تكون في الزمان ،

وقد تكون من حيث المكان . والأول متعين هاهنا (ولو اختلفا في الهايو' من حيث الزمان والمكان في محل يختلماها بأمرها القاضي بأن يتفقا) لأن الهايو' في المكان أعدل وفي الزمان أكمل ، فلما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق (فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية) فنيا للهمة (ولو تهايتا في العبدین علی أن یخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضی فكذا للمهاياة . وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي . وهكذا روى عنه لأنه لا يجري فيه الجبر عنه .

وقد تكون من حيث المكان ، والأول متعين هاهنا (قال صاحب العناية : ولم يذكر أن هذا إفراز أو مبادلة لأنه عطفه على صورة الإفراز فكان معلوما انتهى . أقول : ليس هذا بسديد لأنه إن أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الإفراز أنه أيضا إفراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح . لأن مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الأحكام ، ألا يرى أن كثير من المسائل المتباينة في الأحكام يعطف بعضها على بعض . على أن الهايو' في العبد الواحد وفي البيت الصغير هايو' من حيث الزمان . ولا مجال في مثل ذلك لأن يكون إفرازا كما يفهم من أدلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين الهايو' على الاستغلال في دار واحدة والهايو' على الاستغلال في الدارين . وإن أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الإفراز أنه ليس إفراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح أيضا . إذ يكفي في العطف المتغايرة بينهما بحسب الذات . ولا يلزم فيه المتغايرة بينهما في جميع الأوصاف والأحكام حتى يتم ما ذكره . وبالجملة لادلالة للعطف هاهنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الإفراز والمبادلة . فالتثبت بتحديث العطف هاهنا عما لا معنى له أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية : فإن كانت للمهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والأراضي تعتبر إفرازا

من حيث المكان، والأول متعين هاهنا) ولم يذكر أن هذا إفراز أو مبادلة لأنه عطفه على صورة الإفراز فكان معلوما، فإذا كانت للمهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والأراضي تعتبر إفرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهاياة ، وإذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليها . وقيل تعتبر إفرازا من وجه عارية من وجه . لأنها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بنفسها وأنه يخرم ربا النساء . والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض . وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيها هو مبادلة في الأعيان من كل وجه فلا يتعدى إلى غيره وإن كانت في المجلس المختلف كاللور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لأن المهاياة قسمة المنافع ، وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان . وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف ، فكذا في قسمة المنافع . ولو اختلفا في الهايو' من حيث الزمان والمكان في محل يختلماها كالدار مثلا بأن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي أن يتفقا ، لأن لكل واحد منهما مزية فلا ترجيح لأحدهما ، إذ الهايو' في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لأحدهما على الآخر ، وفي الزمان أكمل فكذا في جميع جوانب الدار في نوبته ، فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم ، فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية فنيا للهمة (قوله ولو تهايتا في العبدین) واضح . وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله : لا يقسم) أي قال بعض المشايخ رحمهم الله عنه . وقوله (وهكذا روى عنه) يعني روى الخصاص عنه

(قوله ولم يفكر ، إلى قوله : فكان معلوما) أقول : فيه بحث (قوله فإن كانت للمهاياة) أقول : من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الأعيان من كل وجه) أقول : قوله من متعلق بالمبادلة بالأعيان (قوله فلا يتعدى إلى غيره) أقول : قيل لإجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الأعيان فينبغي أن يجوز (قوله وإن كانت في الجنس المختلف كاللور والعبيد) يتعين مبادلة من كل وجه الخ (أقول : فينبغي أن لا يجوز لإجارة السكنى بالسكنى ، ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر إفرازا وجوابه ظاهر ، فإن ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بأن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول : الأول أن لا يبين المقدم والمؤخر .

والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا . لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت ، بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم (ولو تهايتا فيها على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمساواة في إطعام المالك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تهايتا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويمجر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر ، لأن الدارين عندهما كدار واحدة . وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة . وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايتا فيها أصلا بالجبر لما قلنا ، وبالتراضى لأنه يبيع السكنى بالسكنى ، بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز . وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضى ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازا أما يكثر التفاوت (١) في أعيانها فاعتبر مبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايتا على الركوب عند أبي حنيفة وعنهما يجوز) اعتبارا بقسمة الأعيان . وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فليهم بين حاذق وأخرق . والتهايتا في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا ، بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تعملها . وأما التهايتا في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية .

من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهابة . وإذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليها . وقيل تعتبر إفرازا من وجه عارية من وجه . لأنها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بنفسها وأنه يحرم ربا النساء والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض ور بالنساء ثابت عند أحد وصنى العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الأعيان من كل وجه فلا يتعدى إلى غيره انتهى . أقول : هذا الذي ذكره مأخوذ من اللخيرة والمبسوط . وقد ذكر في النهاية ومراجع الدراية أيضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث ، وهو أنه قد مر في كتاب الإجازات أن إجارة المنافع بنفسها كإجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا . وقالوا في تعليل ذلك : إن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسيئة . وقال المصنف هناك : وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصنى العلة وهى القدر مع الجنس مختضا بمورد النص وهو البيع غير متعد إلى غيره لما تم استدلالا أتمتنا في الإجازات على عدم صحة إجارة المنافع بنفسها بربا النساء . نعم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضا في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الأول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى أشار إليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق : وإن كانت في الجنس المختلف كاللور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بكون رضاهما . لأن المهابة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف ، فكذا قسمة المنافع انتهى . أقول : وهذا أيضا مأخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضا . أما أولا فلأنه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايتا من حيث المكان إفراز لجميع الأنصبة لمبادلة . ولهذا لا يشترط فيه التأقيت . ولا يخفى أن التهايتا في الجنس المختلف إنما يتصور بأن انتزع أحد الورثة بأحد الأجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايتا

بمثل ما قال المشايخ . وقوله (والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا) قال الكرخي : معنى قول أبي حنيفة إن الدور لانقسم : أى أن القاضي لا يقسمها ، فإن فعل جاز ، وعلى هذا يجوز القسمة في الأصول فكذا في المنافع ، وتعليل الكتاب وهو قوله (لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت) أوجه لبقاء قوله في الأصول بلا تأويل . وقوله (ولو تهايتا فيهما) واضح ،

(قوله قوله في الأصول) أقول : أى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلا تأويل) أقول : على ما ذكره الكرخي .

(١) قول صاحب الهداية (أما يكثر التفاوت الخ) وجد جهاش الأصل : حق العبارة : أما التفاوت فيكثر في أعيانها ، لأن أما لا يليها إلا الاسم اه مصححه .

وفي العبد الواحد و الدابة الواحدة لا يجوز . ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء . والاعتدال ثابت في الحال . والظاهر بقاؤه في المقار وتغيره في الحيوان لتوالى أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة . ولوزادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل ، بخلاف ما إذا كان الهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة ، لأن التعديل فيها وقع عليه الهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ، ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة . والفرق أن في الدارين معنى التمييز . والإفراز راجع لاتحاد زمان الاستيفاء ، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهمنا يردّ عليه حصته من الفضل ، وكلنا يجوز في العبدین عندهما اعتبارا بالهايؤ في المنافع . ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يتمتع الجواز .

من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة إن كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة . وأما ثانيا فلأنه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كإجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كإجارة الخدمة بالخدمة ، ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرّر في الإجازات ، اللهم إلا أن يكون مجموع قوله كاللور والعبيد مثالا واحدا . فالمراد مثل أن ينهائنا على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سببا في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والأراضي . وأما ثالثا فلأن قوله وقسمه الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع ، إذ قد تقرّر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الأعيان مطلقا لا تعزى عن معنى الإفراز . ومعنى المبادلة ، إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر في ذوات الأمثال . ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال ، غير أن ذلك الغير إن كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء . وإن كان أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحص التفاوت في المقاصد . اللهم إلا أن يقال : المراد بما ذكرناه أن قسمة الأعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا يثنى ما تقرّر في صدر الكتاب . لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال . والظاهر بقاؤه في المقار وتغيره في الحيوان لتوالى أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال في العناية : لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال . والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول ، لأن القوى الجنسية متناهية انتهى . أقول : لقائل أن يقول : مقتضى هذا الوجه أن لا يجوز الهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال . إذ الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الأول لتناهي القوى الجنسية فتفوت المعادلة . مع أن الهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مرّ من قبل في الكتاب . ثم أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن الهايؤ في العبد على الخدمة إنما يجوز ضرورة أنها لا تبيح فيمنع قسمتها . ولا ضرورة في الغلة لأنها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا . وسيجيء في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر (قوله ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يتمتع الجواز) وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجع في غلة العبدین . لأن كل واحد منهما

وقوله (ووجه الفرق) يعني بين جواز الهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة . وقوله (فتفوت المعادلة) لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال ، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول . لأن القوى الجنسية متناهية . وقوله (ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما) يعني في الدار الواحدة . وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي حنيفة في الكمسيات أنه لا يجوز . لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا يجوز للتفاوت . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ . وقوله (اعتبارا بالهايؤ في المنافع) يعني في الاستعمال الخالي عن الاستغلال . وقوله (لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد ، لأنه قد

والهايو في الخدمة جواز ضرورة ، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينا . ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يقياسان (ولا يجوز في الدائنين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فهائتا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز) لأن المباشرة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها ، وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها . والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع بالعين بمقدار معلوم استقراضا لتصيب صاحبه . إذ قرض المشاع جائز .

يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمباشرة في الخدمة . وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز ، بخلاف الخدمة لما بيننا من وجه الأصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت . كذا في العناية . أقول : في الجواب نظر . إذ قدم في بيان فوت المعادلة في الهايو في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال إنما يكون على حسب الاستعمال ، فلما قلّ التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقلّ التفاوت في الغلة أيضا بالضرورة ، فلم يظهر وجه المخالفة بين المستثنين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشروح ذكروا مضمون المعارضة المربورة بطريق بيان الفرق بين المستثنين من قبل الإمامين وعزوه إلى المبدوط ولم يترسوا للجواب عنه أصلا فتدبر (قوله والهايو في الخدمة جواز ضرورة . ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينا) هذا جواب عن قولنا اعتبارا بالهايو في المنافع ، وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها . قال صاحب العناية : ولقاتل أن يقول : علل الهايو في المنافع من قبل بقوله لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت . وعلله هاهنا بضرورة تعذر القسمة ، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تنمة هذا التعليل ، لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا . لأن كل واحد منهما علة مستقلة . إلى هنا كلامه . أقول : لا السؤال بشيء ولا الجواب . أما الأول فلأن الباطل إنما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه ، واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول . إذ لا يتحقق أن المقصود من إيراد العلل المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما

يكون في أحدهما كياسة وحذق ولباقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر . ثم الهايو في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ، ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز . وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجع في غلة العبدين . لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمباشرة في الخدمة . وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز . بخلاف الخدمة لما بيننا من وجه الأصح أن المنافع في الخدمة قلما تتفاوت . وقوله (والهايو في الخدمة جواز ضرورة) جواب عن قولنا اعتبارا بالهايو في المنافع وبيان الضرورة ما ذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتعذر قسمتها . ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها أعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ، ثم يقسمان ما حصل من الغلة . ولقاتل أن يقول : علل جواز الهايو في المنافع بقوله من قبل . لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت ، وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة ، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تنمة هذا التعليل . لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا ، لا أن كل واحد منهما علة مستقلة . وقوله (ولأن الظاهر) وجه آخر لإبطال القياس ولا يجوز في الدائنين عنده خلافا لهما ، والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الأعيان الخ وقوله (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح .

(قوله وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول : فيه تأمل (قال المصنف : إذ قرض المشاع جائز) أقول : نعم ، لكن تأجيل القرض ليس بجائز ، إلا أن يقال : ليس قرضا من كل وجه .

(كتاب المزارعة)

(قال أبو حنيفة رحمه الله : المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة : مفاعلة من الزرع . وفي الشريعة : هي عقد على الزرع ببعض الخارج ، وهي فاسدة عند أبي حنيفة ، وقال : هي جائزة لما روى أن « أن النبي عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع »

تصلح لإفادة المدعي بالاستقلال بدلا عن الأخرى . وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلك الطالب أى طريق شاء . وأما الثانى فلأن الظاهر من تعليل المصنف بإحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضوعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما علة مستقلة ، وإلا يلزم أن لا يفيد شيء منها المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة . على أن استقلال كل واحدة منهما في الإفادة يترتب . أما قلة التفاوت فلأن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع . وأما ضرورة تعذر القسمة فلأن الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف ، ولت شعري ما ذا يصنع الشارع الزبور في قول المصنف فيها بعد : ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة إلى آخره . وقد اعترف بأنه وجه آخر لإبطال القياس . وكذا في نظائر ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل . فهل يجعل كل واحد منهما جزءا لعللة مستقلة . والله الموفق للصواب .

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة ، كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة : المزارعة بالثلث والربع باطلة) قال في العناية : إنما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع ، لأنه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع انتهى . أقول : يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف والخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يتبين بالتقيد بالثلث والربع محل النزاع ؟ فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه إنما قيد بالثلث والربع مع أنه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فإنه جاء في الحديث وأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة قليل : وما المخابرة ؟ قال : المزارعة بالثلث والربع . وإنما خص في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى . والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله إنما قيد بالثلث والربع مقابلة التقيد بالإطلاق لا مقابلة التقيد بالتقيد : يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكلية لأنه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها ، وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغنانا عن ذكره . وسببه سبب المعاملات . وشرعيته يختلف فيها . قال (قال أبو حنيفة رحمه الله : المزارعة بالثلث والربع باطلة) وإنما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع . لأنه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع (وقالوا : هي جائزة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع) ولما ذكر

(كتاب المزارعة)

ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة ، فإن ذا المال قد لا يهتدى إلى العمل والقوى عليه لا يجد المال ، فست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الزم والندجاج وودد القرض معاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة . وله ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الخابرة وهي المزارعة » ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ، ولأن الأجر مجهول أو معلوم وكل ذلك مفسد . ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكر بها ولم يخرج شيء منه فله أجر مثله) لأنه في معنى إجارة فاسدة . وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض . وإذا كان البذر من قبله فعليه

كالنصف وغيره . لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج الشريعة : قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتنتفع شركة بينهما في الربح وهنا كذلك انتهى . أقول : لم يتر في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هناك : وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جاز لما سأتى في الكتاب أنه إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضا مال وقد اجتمعا مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة فتأمل (قوله لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدررية في شرح هذا المحل : لأنه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى . أقول : هذا تصف قبض لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسأغ أن يحمل الضمير في قوله لأنه على الشأن كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء : هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشر ، فإن خير من أرض العرب اه . أقول : تكون خير من أرض العرب ممنوع . كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر ، فإن مشركي العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف . وقد أقر النبي عليه الصلاة والسلام أهل خير على أراضيهم على الكفر . وذكرنا حد أرض العرب طولاً وعرضا في الباب المذكور ، فمن اتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بأن خير ليست من أرض العرب

في الكتاب من القياس وقوله (لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) يعنى لأنه تخلل فعل فاعل غنار وهو أكل الحيوان فيضاف إليه . وإذا كان مضافاً إليه لا يضاف إلى غيره وهو العامل فلم تتحقق فيه الشركة (ولأني حنيقة رحمه الله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الخابرة) فقيل : وما الخابرة ؟ قال : المزارعة بالثلث أو الربع . (ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله) فإنها لاتصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الإجارة فتكون في معنى قفيز الطحان . ولأن الأجر مجهول (على تقدير وجود الخارج فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفرة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد . ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خير كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الإمام ما يخرج من الأرض وكان (بطريق المن والصلح) لأنه لو أخذ الكل جاز لأنه عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمة ، فكان مترك في أيديهم فضلاً ولم يبين مدة معلومة ، وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا ببيان مدة معلومة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ، ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده ، فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعى إلى فرع هو نظيره . وهاهنا ليس كذلك ، لأن معنى الإجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة . قوله (وإذا فسدت عنده) واضح .

(قال المصنف : ولأن الأجر مجهول أو معلوم) أقول : فإن قيل متقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف : ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خير كان خراج مقاسمة) أقول : بخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشر ، فإن خير من أرض العرب فتأمل (قوله لأن معنى الإجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الأغلبية بل على وجود معنى الإجارة

أجر مثل الأرض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وللآخر الأجر كما فصلنا . إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها . والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يميزها شروط : أحدها كون الأرض صالحة للزراعة) لأن المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لأن عقدا ما لا يصح لإلزام الأهل (والثالث بيان المدة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي المعيار لما يعلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعا للمنازعة وإعلاما للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل .

(قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه) قيل قوله لأنه نماء ملكه متقوض بمن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر . وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى ، والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الأمر . كذا في العناية وغيرها . أقول : التقض غير وارد أصلا . والجواب غير دافع لما ذكر . أما الأول فلأن الزرع في الصور المذكورة ليس بنماء ملك صاحب البذر وإنما هو نماء ملك الغاصب ، إذ قدم في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه إذا تغيرت العين المخصوصة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المعصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمها عندنا . ومثل ذلك بأثلة : منها ما إذا غصب حنطة فزرعها ، فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعا . وأما الثاني فلأن عمل التقض إنما هو قوله لأنه نماء ملكه ، وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد التقض . وإنما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بأمر غيره . والكلام في الأول دون الثاني فلا يتم التقريب (قوله إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها ، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع) أقول : لقاتل أن يقول : نعم إن القياس يترك بالتعامل . ولكن النص لا يترك بذلك لأن التعامل إجماع على . والإجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الأصول . فبقى تمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة . وهي ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المغابرة وهي المزارعة سالما عما يدفعه . فما وجه الفتوى على قولهما . ويمكن أن يقال لهما أن يدفع ذلك

وقوله (والخارج في الوجهين) يعني فيها إذا كان البذر من قبل العامل ، وفيها إذا كان من قبل رب الأرض . وقوله (لأنه نماء ملكه) متقوض بمن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر . وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله ، فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الأمر . وقوله (كما فصلنا) إشارة إلى قوله وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض الخ . وقوله (إلا أن الفتوى على قولهما) واضح . وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها . حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزاولة فسدت المزاولة . وكذا إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالبا لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت . وقوله (لأنه) أي لأن عقد المزاولة (عقد على منافع الأرض) يعني إذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعني إذا كان البذر من قبل رب الأرض ، والمدة هي المعيار لما أي للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن . وقوله (وهو) أي المعقود عليه (منافع الأرض) إن كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) إن كان البذر من قبل رب الأرض ، ففي الأول العامل مستأجر للأرض ، وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالإعلام .

(قوله متقوض بمن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول : ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع نماء صاحب البذر ، فإن الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في التقض (قال المصنف : والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول : لكن النص لا يترك به ، ألا يرى إلى ما سبق في باب الربا أن النص أقوى من المرف ، والأقوى لا يترك بالأدق ، وسيجى أيضا فضل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لأنه لا يعتبر بالمدة مع النص (قال المصنف : لأنه عقد على منافع الأرض) أقول : ذكر التفسير الرابع إلى المزارعة باعتبار الخبر ، أو لكونها في معنى أن مع الفعل

(والخامس بيان نصيب من لا بد من قبله) لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما ، وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد . والسادس أن يحل رب الأرض بينها وبين العامل ، حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد (لقوات التولية) (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لأنه يتعقد شركة في الانتهاء ، فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد (والثامن بيان جنس البذر) ليصير الأجر معلوما . قال (وهي عندها على أربعة أوجه : إن كانت الأرض والبذر لوحدا والعمل لوحدا جازت المزارعة) لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط ،

يحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما إذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد ، إذ قد روى أنهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما . وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال : فإن قيل : التعامل على خلاف النص باطل . قلنا : النصوص الواردة في المجتهدين صور النصوص ، وإلا ليجل لأحد الخلاف فيها أو تحملها على ما إذا شرط شرطا مفسدا ، فقد روى أنهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما ، إلى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بد من قبله لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما) أقول : لاشك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة ، فعد بيان نصيب من لا بد من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كبير طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه يتعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) قال كثير من الشراح : لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى إجارة محضة ، والقياس بأبي جواز الإجارة المحضة بأجر معلوم انتهى . أقول : فيه شيء ، وهو أن القياس كما بأبي جواز قياس الإجارة المحضة بأجر معلوم بأبي جوازها بأجر موجود أيضا . إذ قد تقرر في كتاب الإجارة أن القياس بأبي جواز الإجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال ، لكننا جوزناها استحسانا لحاجة الناس إليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يأتي القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها إجارة محضة ، فالأظهر أن يقال بدل قولهم والقياس بأبي جواز الإجارة المحضة بأجر معلوم والإجارة المحضة بأجر معلوم فاسدة قطعا . ثم أقول : لا يلزم على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف هاهنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح ، فإنهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى إجارة محضة ، والقياس بأبي جواز الإجارة المحضة بأجر معلوم ، والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لأنه يتعقد شركة في الانتهاء فراه أن عقد المزارعة شركة في الانتهاء وإن كان إجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبر في انعقاد المزارعة ، فما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لامحالة (قوله وهي عند هاعلى أربعة أوجه)

وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع إجارة محضة ، والقياس بأبي جواز الإجارة المحضة بأجر معلوم . وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الأجر معلوما إذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولولم يعلم عسى أن لا يرضى ، لأنه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير . وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط ، فوض الرأي إلى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فإنه مفوض إليه . قال (وهي عندها على أربعة أوجه) قيام المزارعة بأربعة أشياء : الأرض ، والبذر ، والعمل ، والبقر لامحالة . ثم إما أن يكون الجميع لأحدهما أولا ، لاسيما إلى الأول لأن المزارعة بأربعة أشياء ، وإذا لم يكن من أحد

(قال المصنف : وهي عندها على أربعة أوجه) أقول : أي المزارعة المستعملة بين الناس أربعة ، فلا يرد شيء على المحصر . (قوله لأن المزارعة شركة الخ) أقول : ولا يمكن أن تتعقد إجارة أيضا كما لا يخفى .

(وإن كان الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بديارهم معلومة (وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإمرته أو طيئناً ليطين بمره (وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية .

واعلم أن مسائل الزراعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد بإجارة وتم شركة . وانعقادها بإجارة إنما هو على منفعة الأرض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنها استئجار ببعض الخارج . وهو لا يجوز قياساً لكنها جوزناه في الأرض والعامل لورود الشرع به فيها . أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس . وأما في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر . والتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيها بالقياس ، فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئاً متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الأثر . وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الآخرين . أو كان المشروط على أحدهما شيئاً غير متجانسين فلم يكن أحدهما تباً للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الأرض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما . وهذا هو الأصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة . كذا في الشروح ، وأشار إليه في الذخيرة وجامع فخر الإسلام . ثم إن صاحب العناية بعد ما ذكر الأصل المزبور قال : فإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور . فأما الوجه الأول فهو ما كان المشروط على أحدهما شيئاً متجانسين ، فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور إليه الاستئجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل . والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الأرض والعامل . وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فيأطل ، لأن المشروط شيئاً غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تاباً للآخر . بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الأخص والقرع ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل ، لأنه جوز في الوجه الأول أن يجعل العامل مستأجراً الأرض وأن يجعل رب الأرض مستأجراً العامل ولا مجال فيه للأول . بل لابد أن يكون المستأجر فيه هو رب الأرض لأن البذر كان من قبله في هذا الوجه . وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر إذا كان من قبل رب الأرض كان المحقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الأرض . وإنما يصح أن يكون العامل مستأجراً فيها إذا كان البذر من قبله ، إذ يكون المحقود عليه حينئذ منافع الأرض . وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الأول : لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط فإنه بمنزلة التصريح بأن المستأجر في هذا الوجه هو رب الأرض والعامل هو الأكبر كالخياط (قوله وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بديارهم معلومة (أقول : فيه نظر . إذ لا نسلم أنه استئجار الأرض ببعض معلوم كما إذا استأجرها بديارهم معلومة . فإن استئجار الأرض ببعض من الخارج استئجار ببعض مجهول أو معدوم ، وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم جواز المزارعة ، كيف ولو كان ذلك استئجاراً ببعض

الجانبيين شيء . لم تتصور الشركة فتعين الثاني ، وهو إما أن يكون بينهما بالتصنيف أو بإثبات الأكثر . والأول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر : أن يكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الأول في الكتاب . وأن يكون الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه . والثاني أيضاً على وجهين : أحدهما أن يكون الأرض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني ، والآخر أن يكون العمل لأحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث ، وهي جائزة إلا الرابع . ووجه

(قوله وهي جائزة إلا الرابع) أقول : أي الوجوه المذكورة جائزة إلا الرابع .

وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا . لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل .
وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض . لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء .

معام كانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا ، وقد صرحوا بأن القياس يقتضي أن لا يجوز المزارعة مطلقا لكونها استنجارا ببعض الخارج ، وهو لا يجوز لكنها جوزناها في إذا كانت استنجار منفعة الأرض أو العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم يجوزها في سوا ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه . فالحق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال : لأنه استنجار الأرض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الأمة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا . لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل) قال في العناية : ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب : لو شرط البذر والبقر عليه : أى على رب الأرض جاز ، فكذا إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه . والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضيعت جهة البقر معها فكان استنجارا للعامل . وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه . وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استنجار الأرض وغير الأرض والعامل . غيره فكان باطلا . أقول : في هذا الجواب بحث . أما أولا فلأن البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مستنجرا والعامل أجيرا فلا يبق لحديث استنباع الأرض البذر على لأن المصير إليه للاحتراز عن لزوم استنجار البذر أصالة . وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استنجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتياز لزوم استنجار البذر سواء استتبعته الأرض أم لا فلم يكن للاستنباع تأثير في هذه الصورة قط . وأما ثانيا فلأن قوله فكان في كل من الجانبين معارضة

كل واحد المذكور في الكتاب وسأوضحه . والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية : وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جائز أيضا . واعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد بإجارة وتم شركة ، وانعقادها بإجارة إما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنه استنجار ببعض الخارج . والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعامل أيضا ، لكنها جوزناه بالنص على خلاف القياس ، وإعنا ورد النص فيهما دون البذر والبقر . أما في الأرض فأثر عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فإهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع . وحينئذ كان مستنجرا للأرض ببعض الخارج . وأما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل فإهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الأرض فكان حينئذ مستنجرا للعامل بذلك فاقصرتا على الجواز بالنص فيهما وبقى غيرها على أصل القياس ، فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استنجار الأرض أو العامل ببعض الخارج ، أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، ولكن المنظور فيه هو استنجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مورد الأثر ، وكل ما كان من صور العلم فهو من قبيل استنجار الآخرين ، أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك : والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر . فإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور . فأما الوجه الأول فهو بما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس ، والمنظور إليه الاستنجار يجعل كأن العامل استنجار الأرض أو رب الأرض استنجار العامل . والوجه الثاني والثالث مما فيه استنجار الأرض والعامل . وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فيأطل ، لأن المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر . بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الأخص والفرع . ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب : أو شرط البذر والبقر عليه : أى على رب الأرض جاز . فكذا إذا شرط البقر

(قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول : لفظه من بيانية (قوله لأنه استنجار ببعض الخارج ، والقياس يقتضي أن لا يجوز) أقول : يعنى أن لا يجوز الاستنجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور إليه ذلك) أقول : كما سيوضح ، وبقوله ذلك إشارة إلى استنجار الأخص (قوله والمنظور إليه الاستنجار يجعل كأن العامل استنجار الأرض) أقول : فيه بحث ، أما أولا فأنه يخالف للمشروح وأما ثانيا فأنه يخالف لما صرح به نفسه مرارا أن المستنجار هو صاحب البذر .

ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها ، بخلاف جانب العامل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل . وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما : أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع . والثاني أن يجمع بين البذر والبقر ، وأنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز عند الانفراد فكانا عند الإجماع . والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة . وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرا للبذر

بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بنحو استئجار كل من جانبي رب الأرض والعامل في الصورة المذكورة ، وقد مرّ مرارا أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لأن يكون مستأجرا للآخر . فالوجه في الجواب أن يقال : إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استئجارا للعامل لا لغيره أصلا فكان صحيحا قطعا ، وأما إذا لم يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجارا للأرض وغيرها الذي هو البقر ، وليس الثاني تابعا للأول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية : وثمة وجه آخر لم يذكره جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من

وحده وصار كجانب العمل إذا شرط البقر عليه . والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استبعت للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل . وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستبعت ، وكذا في الجانب الآخر فكان كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا . ولقائل أن يقول : استئجار الأرض والعامل منصوب عليه دون الآخرين فكان أرجح ، ويلزم الجواز . ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض . وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل ، وإنما ذكره لأنه لما أنصاف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك . وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري رحمه الله وهاهنا فاسدان ، وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك . وبقي عليه إشكال . وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه . وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صار تاسلمتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج لحكما وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في إلقاء بذر كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين . وثمة وجه آخر لم يذكره : أي القدوري وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والأرض من آخر والبقر من آخر . قال محمد رحمه الله في كتاب الآثار : أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل ابن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب القدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما

(قال المصنف : لأنه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول : لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر ، لأن الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب ، والبذر من جانب والأرض من جانب ، والعمل من جانب والبقر من جانب . أما البذر من جانب والعمل من جانب فزور في أرض مباحة فهو مهود ، ولأجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ، ومع كونه مهودا لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا ، ولعل الأول أن يقال : إنما لم يقل كذلك لأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عنهما كالمضاربة فليأت (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض) أقول : وفي بحث ، فإن أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقي عليه إشكال) أقول : ينفي عن الرواية الأولى (قوله وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ، ويستوجب عليه إحرار حقه الخ) أقول : لا بد من التأمل أنه لا يمكن بأجر مثل المال مع أنه قال : يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجعل لصاحب القدان أجرا) أقول : القدان : البقر الذي يحرث بها . على وزن القنال بالتثنية .

قابضاً له لاتصاله بأرضه. قال (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة) لما بيننا (وأن يكون الخارج شائعاً بينهما) تحقيقاً لمعنى الشركة (فإن شرطاً لأحدهما قفزاناً مساةً فهي باطلة) لأن به تنقطع الشركة لأن الأرض عساه لا يخرج إلا هذا القدر، فصار كاشتراط دراهم معلومة لأحدهما في المضاربة، وكذا إذا شرطاً أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين، لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر فصار كما إذا شرطاً رفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما لأنه معين، بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة، كما إذا شرطاً رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والأرض عشرية. قال (وكذا إذا شرطاً ماعلى الماذبانات والسواقي) معناه لأحدهما، لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة، لأنه لعله لا يخرج إلا

واحد والعمل من آخر والبقير من آخر والأرض من آخر. أقول: الظاهر أن الكلام في العقد الجارى بين الاثنين، وإلا فتمت وجه آخر لم يذكرهما ولا أحد غيرهما، وهى أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر، أو على أن يكون العمل من واحد والبقير من آخر والباقيان من آخر، أو على أن يكون البذر من واحد والأرض من آخر والباقيان من آخر إلى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة، فكان التعرض هاهنا للوجه الذى ذكره صاحب العناية بخروجا عن الصدد. وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه أصلاً. والأولى هاهنا أن يقال: وثمة وجه آخر لم يذكره جيمنا. وهو أن يكون البقر لأحدهما والبواقي الثلاثة للآخر كما أشار إليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الأوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلاً في سبعة. قال: إن حكمه كحكم أن يكون البذر لأحدهما والباقي للآخر وهو الفساد. وقال صاحب العناية متصلاً بكلامه السابق: قال محمد في كتاب الآثار: أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل بن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأننى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر. ثم قال: ومعنى قوله ألقى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج لا أنه لا يستوجب أجر مثل الأرض، وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لأن ذلك كان أجر مثل عمله؛ ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل انتهى كلامه. أقول: توجيه المروى عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام. أما أولاً فلأن كون معنى قوله ألقى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج بما يأباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم، إذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل أيضاً شيئاً من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجراً كما صرح به الراوى، فكيف يحسن مقابلتهما بإلغاء صاحب الأرض بالمعنى الذى

فيا من اشتراط الفدان على أحدهما مقصوداً به، وفيها الخارج لصاحب البذر لأنه تمام بذره. ومعنى قوله ألقى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج لا أنه لا يستوجب أجر مثل الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لأن ذلك كان أجر مثل عمله؛ ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل. قال (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة الخ) معلومة مدة المزارعة شرط جوازها لما بيننا: يعنى قوله في بيان شروطها. والثالث بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض الخ. والأصل في هذا أن كل ما كان وجوده شرطاً للجواز فعدمه مانع عنه، لأن الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم، وكذا شيوع الخارج تحقيقاً لمعنى الشركة شرط للجواز، فإذا انتفى فسدت. وقوله (وصار كما إذا شرطاً رفع الخراج) والأرض خراجية. والخارج خراج وظيفة بأن يكون دراهم مساةً بحسب الخارج وقفزاناً معلومة. وأما إذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعاً نحو الثلث أو الربع فإنه لا تنفسد المزارعة بهذا الشرط. والماذبانات جمع الماذبان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول. وقيل ما يمتنع فيه ماء السيل ثم تنسق منه الأرض. والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر.

من ذلك الموضع : وعلى هذا إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى (وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب) لأنه عسى أن يصيبه آفة فلا يتعقد الحب ولا يخرج إلا التبن (وكذا إذا شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه) لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيها هو المقصود وهو الحب (ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيها هو المقصود . ثم التبن يكون لصاحب البذر) لأنه تمام بذره وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط ، والمفسد هو الشرط . وهذا سكوت عنه . وقال مشايخ بلخ رحمهم الله : التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان . ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل . ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لأنه حكم العقد (وإن شرطا التبن للآخر فسدت) لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط . قال (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل) لأنه يستحقه شركة . ولا

ذكره ، اللهم إلا أن يقال : ذلك المعنى وإن كان مما لا يساعده ظاهر النظم لكن الضرورة دعت إليه وصارت قرينة عليه . إذ لا محالة أنه لم يتحقق هناك ما يقتضي كون صاحب الأرض متبرعا . فلا جرم أنه استوجب أجر مثل أرضه . وأما ثانياً فلأن قوله ولم يذكر أجر القندان لكونه معلوما من أجر العامل منظور فيه . إذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر القندان وأجر العامل . بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سببا إذا كان المعين مؤثرا عن المبيع في الذكر . اللهم إلا أن يقال : كان العرف جاريا في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما في الأجر فبناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر . لكن الأظهر عندي أن يكون عدم ذكر أجر القندان على التعيين بناء على عدم جزم الراوي بعين الأجر الذي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب القندان فقال : وجعل لصاحب القندان أجرا مسمى : يعني جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجرا ساه . ولكن لا أجزم بخصوصه كما أجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل (قوله وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى تصيبه آفة فلا يتعقد الحب ولا يخرج إلا التبن) أقول : في هذا التعليل قصور . إذ على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا إلى قطع الشركة فيها هو المقصود وهو الحب ، والشركة فيها هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الأصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى . فالأولى في تعليل هذه المسئلة أن يقال : لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيها هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسئلة الآتية المتصلة بها . وكان صاحب الكافي تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا ، وجمع المصلتين في تعليل واحد فقال : وكذا لو شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب . أو شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى (قوله وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام . وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل) أقول : عبارة الكتاب هاهنا قاصرة عن إفادة تمام المراد . لأن المزارعة الصحيحة كما

كلها في المغرب . وقوله اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان فإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين ، وتحكم العرف عند الاشتباه واجب . وقوله (والتبع يقوم بشرط الأصل) يعني لما كان الأصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا تبعاً للأصل وإن لم يذكر في الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الأصل . وقوله (لأنه حكم العقد) يعني أنها لو سكنا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لأنه موجب العقد . فلذا نصا عليه كأنما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد . فكان وجود الشرط وعدمه سواء . وأما إذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فإن استحقاقه له يكون بالشرط لأنه ليس حكم العقد . وذلك شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن يخرج إلا التبن . وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة . قال (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة

(قال المصنف : وكذا إذا شرط لأحدهما التبن) أقول : إن كان المراد من أحدهما الأحده المعين وهو غير صاحب البذر فسلم . ولكن ظاهر

شركة في غير الخارج ، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره ، بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل في النعمة ولا تقوت النعمة بعدم الخارج . قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه ، واستحقاق الأجر بالتسمية وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البذر . قال (ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج) لأنه رضى بسقوط الزيادة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وقال محمد : له أجر مثله بالغاً ما بلغ ، لأنه استوفى منافعهم بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مرّ في الإجازات) (وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه) لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ، ولا مثل لها فيجب ردّ قيمتها . وهل يزداد على ما شرط له من الخارج ؟ فهو على الخلاف الذي ذكرناه (ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر

تكون استجاراً للعامل وذلك فيما إذا كان البذر من جانب رب الأرض كذلك تكون استجاراً للأرض وذلك فيما إذا كان البذر من جانب العامل . وقوله (إن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الأولى دون الصورة الثانية . بل يدل على كون الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الأولى بمقتضى قولهم إن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه . فكان الظاهر أن يقال : (وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء لأحد من المتعاقدين . لا يقال : علل المصنف قوله (وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل بقوله لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج ، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره . ولما جرى هذا التعليل في صورة استجار الأرض أيضاً فهم منه حكم هذه الصورة أيضاً فاكفى بذكره .

إما أن تكون صحيحة أو فاسدة . فإن كانت صحيحة فأما إن أخرجت الأرض شيئاً أولم تخرج . فإن أخرجت فالخارج على ما شرطاً لصحة الالتزام . فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى . وإن لم تخرج فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة : يعني في الانتهاء ، ولا شركة في غير الخارج . فإن قيل : كانت المزارعة إجارة ابتداء فلا بد من الأجرة : أجاب بقوله : وإن كانت المزارعة إجارة فالأجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره . واستشكل بمن استأجر رجلاً بعين ففعل الأجير وهلك العين قبل التسليم فإنه على المستأجر أجر المثل كلاً فليكن هذا مثله . لأن المزارعة قد صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم . وأجيب بأن الأجر هاهنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذي يتضرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء آخر فكلها هاهنا ، وإن كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الأرض وأن لا تخرج في وجوب أجر المثل للعامل ، لأنه في الذمومة لا تقوت بعدم الخارج ، فإن أخرجت شيئاً فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه واستحقاق الأجر منه بالتسمية وقد فسدت ، وإن كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزداد على قدر الشروط له لأنه رضى بسقوط الزيادة . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : له أجر مثله بالغاً ما بلغ ، لأنه استوفى منافعهم بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها . قال المصنف رحمه الله (وقد مرّ في الإجازات) قال صاحب النهاية رحمه الله : وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير . لأنه ذكر في باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجازات في مسئلة ما إذا استأجر حماراً ليحمل عليه طعاماً بقبض منه فالإجارة فاسدة . ثم قال : ولا يباوؤ بالأجر قبض . لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما مسمى ومن أجر المثل ، وهذا بخلاف ما إذا

التضرير بإياد ، وإن كان ما يملك له ولصاحب البذر ففساده ممنوع مطلقاً ، فإن التبن نماء البذر ، فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيجيء . فلا يدل التعليل الذي ذكره على فساد . وإن كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه إمدد انعقاد الحب ، إذ لو انعقد انعقد أيضاً كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن الأجر هاهنا الخ) أقول : وهذا الجواب لا يتشبه إذا أورد الإشكال بصاحب الأرض والبذر والعمل والبذر من المزارع فتأمل (قوله والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم الخ) أقول : وفي قول المصنف لأن أجر المثل في الذمة إشارة إلى أن الأجر في الصور المتقدمة ليس في الذمة ، وذلك بالتسليم كما لا يخفى (قوله ثم قال : ولا يباوؤ بالأجر قبض الخ) أقول : فيه شيء

مثل الأرض والبقر) هو الصحيح . لأن له مدخلا في الإجارة وهي إجارة معنى (وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لأن النماء حصل في أرض مملوكة له (وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل) لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض . وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثا فيه ، فأُسلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به . قال (وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لأنه لا يمكنه المضى في العقد إلا بضرب يلزمه . فصار كما

لأننا نقول : عبارة المسئلة عبارة مختصر القدوري ، والمواخذة بقصورها في إفادة تمام المراد إنما ترد على القدوري . فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التفسير السابق . ولئن سلم ذلك فلا تسلم جريان التعليل المذكور وتامه في صورة استئجار الأرض أيضا ؛ ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلا بعين فعل الأجير وملك العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله . لأن المزارعة بيعت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم . وأجابوا عنه بأن الأجر هاهنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه ، والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء . آخر فكذا هاهنا انتهى . ولا ينبغي عليك أن هذا الجواب لا يتمشى في صورة استئجار الأرض فإن رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع

اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله ، لأن المسمى هناك غير معلوم ، فلم يصح الحط فبمجموع هذا الذي ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ في الإجارة الفاسدة كما هو قولهما إلا في الشركة في الاحتطاب . ثم ذكر هاهنا وقال محمد : له أجر مثله بالغا ما بلغ . إلى أن قال : وقد مر في الإجازات ، وذلك يدل على أن منعه في جميع الإجازات الفاسدة يبلغ الأجر بالغا ما بلغ وليس كذلك . وأجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير . وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردّها وقد تعدل فصار إلى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها ، وهل يزداد على قدر المشروط له من الخارج أو لا ؟ فهو على الخلاف المأثور ، ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح . لأن للبقر مدخلا في الإجارة بلجواز إيراد عقد الإجارة عليه والمزارعة إجارة معنى فتعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب أجر المثل (وقوله هو الصحيح) احتراز عن تأويل بعض أصحابنا رحمه الله لقول محمد رحمه الله في الأصل : لصاحب البقر والأرض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر أن المراد به أن يجب أجر مثل الأرض مكروية . أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بخال فلا يتعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا . ووجود أجر المثل لا يكون بدون عقد لأن المنافع لا تنتمى بدونه . وقوله (وإذا استحق رب الأرض الخ) واضح خلا أنه يحتاج إلى فارق بين خبث يمكن في منفعة الأرض فأوجب التصديق بالفضل ، وبين خبث يمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك . وفي كلام المصنف رحمه الله إشارة إلى ذلك حيث قال : لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض : يعني فهو يحتاج إليهما على ما جرت به العادة احتياجا بالغا فكان الخبث شديدا فأورث وجوب التصديق . وعمل العامل وهو إلقاء البذر وفتح الجدول ليس بتلك الثابتة بلجواز حصوله بدونه عادة . كما إذا هبت الريح فألقت البذر في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك . قال (وإذا عقدت المزارعة) في هذا بيان صفة عقد المزارعة يكونه لازما أو غيره وهو لازم في حال دون حال . أما بعد

وجوابه أن مفعول ذكر مخوف . والتقدير ذكره (قوله فبمجموع هذا الذي ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ ، ثم ذكر في الإجازات الفاسدة) أقول : فيه شيء ، والظاهر أن قوله ثم ذكر فهو من قلم الناسخ (قوله لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول : لا يتم التعليل المذكور من قبله هاهنا .

إذا استأجر أجبر إلهدم داره (وإن امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة ، إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة . قال (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) قيل هنا في الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالإجارة ، وقد مر الوجه في الإجازات ، فلو كان دفعها في ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط ، وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مراعاة للحقين .

منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التحليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) لأن المأني به مجرد المنفعة ، وهو لا يتقوم إلا بالعقد ، والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات ، كذا في عامة الشروح . وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج النראה : ولأن المزارع عامل لنفسه لأنه استأجر الأرض ليقم العمل فيها لنفسه ، والعامل لنفسه لا يستوجب الأجر على غيره انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ قد مر مرارا وتقرر أن البذر إذا كان من قبل رب الأرض تعين أن يكون المستأجر هو رب الأرض ، والمقروض في مثلتنا أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الأرض ليقم العمل فيها لنفسه (قوله وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالإجارة) هذا جواب القياس . وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد الزرع ، كذا في الشروح ، وعزاه في النهاية ومعراج النראה إلى المبسوط والذخيرة . وقال بعد ذلك في العناية :

إلقاء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لأحدهما فسخه إلا بعذر ، وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته ، فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضى على العقد إلا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استأجر رجلا ليهدم داره (وإن امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم إقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الإجارة) إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة (كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذى لاوفاء به عنده إلا ببيع الأرض) فتفسخ به المزارعة ، ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) لأن المأني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم إلا بالعقد ، والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات (قيل هذا) الجواب (في الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لأنه غره في الاستعمال ، وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الإجارة لكونها عقدا فيه الإجارة (وقد مر الوجه في الإجازات) وهو قوله لأنه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة أو الأجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز . وفي الاستحسان يبقى العقد إلى أن يستحصد الزرع نظرا للمزارع ، فإنه في الزرع غير متمتع . فلو لم يبق العقد وانتقل الأرض إلى ورثة ربهما لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ، ولا يجوز إلحاق الضرر على غير المتمتعى ، وإليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله (وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع ، لأن الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت ، ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان (فلما نبت الزرع في السنة الأولى) ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ، ولعله ترك ذلك

(قوله وإن امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول : الظاهر الإطلاق عن هذا التقيد ، فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ، ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط (قوله ضرر سوى ما التزمه بالعقد) أقول : فيه بحث (قوله لقلعوا الزرع) وتقرر به المزارع) أقول : القلع مخصوص بما إذا كان البذر من قبل العامل ، أما إذا كان من جهة رب الأرض فالقلع اتلات للمالم ولا يرتكبه عاقل ، فوجهه حينئذ لو فسح العقد يذهب عمله مجانا بد ما ظهر حقه .

بخلاف السنة الثانية والثالثة لأنه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة) لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلة ماعل) لما نبينه إن شاء الله تعالى (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز) كما في الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء)

واعلم أنه أراد بقوله وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لأن الذي يكون قبله مذكور فيها يليه . ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت . ولكنه ذكر جواب التاب في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ، ولعله ترك ذلك اعتماداً على دخوله في إطلاق أول المسئلة انتهى . أقول : فيه بحث . لأن ما ذكر في أول المسئلة إنما هو جواب القياس كما صرحوا به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت . ولا شك أن مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب التاب في قوله في وجه الاستحسان : فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته إنما هو جواب الاستحسان : فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتماداً على دخوله في أول إطلاق المسئلة . ولا ريب أن دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان أيضاً . وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال : وإذا مات رب الأرض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة ؟ فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز كما في الإجارة) قال في النهاية : ثم هل يحتاج في فسح المزارعة إلى قضاء القاضي أو إلى الرضا ؟ ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال : لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لأنها في معنى الإجارة . وعلى رواية كتاب المزارعة والإجازات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى القضاء ولا إلى الرضا . بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات ، وبعضهم أخذ برواية الأصل والجامع الصغير انتهى . وقال في النهاية : والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لأنها في معنى الإجارة ، وعلى رواية كتاب المزارعة والإجازات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك انتهى . أقول : فيه نظر : لأن التشبيه بالإجارة إنما يصلح للإشارة إلى أنه اختار رواية الزيادات أن لو كانت الرواية في الإجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها إلى القضاء أو الرضا . أو كان المصنف قد اختار هناك صريحاً رواية افتقار الفسخ إلى أحدهما ولم يكن شيء منهما ، فإن المصنف قال هناك : ثم قول القلوري فسح القاضي إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في التقض . وهكذا ذكر في الزيادات في عنر الدين . وقال في الجامع الصغير : وكل ما ذكرنا أنه عنر فالإجارة فيه تنقض . وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي انتهى فتأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء) قال في النهاية : الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صورتين ثلاث ، ذكر في الكتاب صورتين منها . وهما ما إذا فسح بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار ، وما إذا فسح بعد نبت الزرع قبل أن يستحصد . ولم يذكر ما إذا فسح بعد مازرع العامل الأرض إلا

اعتماداً على دخوله في إطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة . لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع . ولا شيء للعامل بمقابلة ماعل) لما سيذكر بعيد هذا (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح) أي قليل ، من فسخ الأمر : أي أفضله (لحق صاحب الأرض أحوجه إلى بيعها جاز) الفسخ (كما في الإجارة) والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لأنها في معنى الإجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والإجازات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء)

(قوله اعتماداً على دخوله في إطلاق أول المسئلة) أقول : فيه تأمل ، فإن التعليل بمراجعة الحقير يشمله أيضاً فكيف يدخل في إطلاق أول المسئلة وسيجي في هذا الدرس من التارجح في مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لا يحتاج فيه إلى ذلك الخ) أقول : كما في الإجارة .

لأن المنافع إنما تنقوم بالعقد وهو إنما قوّم بالخارج فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الأرض في الدين حتى يستحصد الزرع) لأن في البيع إبطال حق المزارع ، والتأخير أهون من الإبطال (ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالماً والحبس جزاء الظلم .

أنه لم يثبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض ؟ ذكر في الخلاصة أن فيه اختلاف المشايخ ، وكان الشيخ أبو بكر العتاني يقول له ذلك لأنه ليس لصاحب البئر في الأرض عين مال قائم ، لأن التبذير استهلاك ولهذا قالوا : إن لصاحب البئر فسخ المزاولة لأنه يحتاج إلى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال ، وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير . وكان الشيخ أبو إسحاق الحافظ يقول : ليس له ذلك لأن التبذير استثناء مال وليس باستهلاك ؛ ألا يرى أن الأب والوصي يملكان زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك مال الصبي ، وإذا كان كذلك كان للمزارع في الأرض عين مال قائم انتهى . وقال في العناية : لم يذكر المصنف الصورة الثالثة ، وهي ما إذا فسخ بعد مازرع العامل الأرض إلا أنه لم يثبت حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض ؟ فيه اختلاف المشايخ . قال بعضهم : له ذلك لأنه ليس لصاحب البئر في الأرض عين قائم ، لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير . وقال بعضهم : ليس له ذلك لأن التبذير استثناء وليس باستهلاك ، ولهذا يملك الأب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الأرض عين قائم . ولعل هذا اختيار المصنف ، ولم يذكره لأن البئر إن كان لصاحب الأرض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعاً عن البيع . وإن كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى . أقول : إن قوله وإن كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل ، لأنه إن أراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جداً . إذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبت الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته ، فأني يتصور دخول إحداهما في الأخرى ، وإن أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ ، لكن لا يصلح لأن يكون وجهاً لعدم ذكر تلك

لأن المنافع إنما تنقوم بالعقد وهو إنما قوّم بالخارج ، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء) وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل . قال في النهاية : وهذا الجواب بهذا التعليل إنما يصح أن لو كان البئر من قبل العامل ، أما إذا كان البئر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثل عمله ، وذلك لأن البئر إذا كان من قبل العامل يكون مستأجراً للأرض فيكون العقد وارداً على منفعة الأرض لاعل عمل العامل فينتج عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الأرض . وأما إذا كان البئر من قبل رب الأرض حتى كان رب الأرض مستأجراً للعامل فكان العقد وارداً على منافع الأجير فيقوم منافعه وعمله على رب الأرض ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله ، كذا في الخلاصة محالة إلى مزاولة شيخ الإسلام رحمه الله ، وفيه نظر ، لأن منافع الأجير وعمله إنما يتقوم على رب الأرض بالعقد ، والعقد إنما قوّم بالخارج (فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء) ثم الفسخ بعد عقد المزاولة وعمل العامل متصور في صور ثلاث : ما إذا فسخ بعد ما كسب الأرض وحضر الآثار وهو مانع فيه وقد ظهر حكمه . وما إذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد ، وحكمه أن لاتباع الأرض بالدين حتى يستحصد الزرع لأن في البيع إبطال حق المزارع ، وفي التأخير إن كان إضراراً بالفرءاء لكن التأخير أهون من الإبطال ، ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين لأنه امتنع من بيع الأرض ولم يكن هو ظالماً في ذلك والحبس جزاء الظلم . ولم يذكر المصنف رحمه الله . الصورة الثالثة ما إذا فسخ بعد ما زرع العامل الأرض ، إلا أنه لم يثبت حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض ؟ فيه اختلاف المشايخ وجهم الله . قال بعضهم : له ذلك لأنه ليس لصاحب البئر في الأرض عين قائم ، لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير . وقال بعضهم : ليس له ذلك لأن التبذير استثناء مال وليس باستهلاك ، ولهذا يملك الأب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الأرض عين قائم ، ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ، ولم يذكره لأن البئر إن كان لصاحب الأرض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعاً عن البيع ، وإن كان للعامل فقد دخل

(قوله وحكمه أن لاتباع) أقول : إذا لم يبع لم يفسخ العقد .

قال (وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليها على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصد . لأن في بقیة الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه . وإنما كان العمل عليهما لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المسال المشترك ، وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل . لأن هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل . أما هاهنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) لأنه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بطلا لم يكن له ذلك) لأن فيه إضرارا بالمزارع . ولو أراد المزارع (أن يأخذه بطلا قبل لصاحب الأرض اقلع الزرع فيكون بينهما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وأرجع بما تنفقه في حصته . لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه . لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه . ورب الأرض غير بين هذه الخيارات

الصورة بالكلية ، لأن دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ إنما يعرف ببيان حكمها من قبل . وإذا لم يذكر تلك الصورة قط فنأين يعلم أن حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ ، أو كحكم الصورة الأولى كما قال به بعضهم الآخر . والأوجه عندي أن المصنف إنما لم يذكر تلك الصورة تأسيًا بالإمام محمد رحمه الله . فإنه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب النخبة حيث قال : وإن كان المزارع قد زرع الأرض إلا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض ؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب . وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه ، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه) فإن قيل : ترك النظر لنفسه

في الصورة الثانية ، والله أعلم . قال (وإذا انقضت مدة المزارعة الخ) إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد الزرع : حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الأرض لأن المزارعة لما انقضت بانتضاء المدة لم يبقى للعامل حتى تنقضي الأرض . وهو يستوفى بترية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك فلا تسلم له مجانا ، والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسق وكروى الأنهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كثافة العبد المشترك العاجز عن الكسب . وقوله (لأن في بقیة الزرع) دليل وجوب الأجر . ووجه ذلك أنا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به ، وإن أبقيناه بلا أجر تضرر رب الأرض فبقينا بالأجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح . وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض فإنه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشترك في النفقة ولا اشترك في العمل ، وكلامه فيه أيضا واضح ، فإذا انقضت المدة واحتاج الزرع إلى النفقة فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فهو متطوع لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره . لا يقال : هو مضطر لإحياء حقه فلا يوصف بالتبرع ، لأن تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضطرار (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بطلا لم يكن له ذلك لما فيه من الإضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه . وبغير رب الأرض بين الأمور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليها . فإن قيل ترك النظر لنفسه إنما يجوز إذا لم يتضرر بغيره وهاهنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالتمنع عن القلع كرب الأرض ؟ أجيب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه . بخلاف المزارع فإنه يريد من نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل . فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لا يفي بذلك .

(قوله وإن بقينا بلا أجر تضرر رب الأرض) أقول : حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبرا (قال المصنف : لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى) أقول : فيه تسامح ، فإن للعقد قد انتهى .

لأن بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع وأنى رب الأرض فلهم ذلك) لأنه لا ضرر على رب الأرض (ولا أجر لهم بما عملوا) لأننا أبقينا العقد نظرا لهم، فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا، والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا. قال (وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص. فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات. ووجه ذلك أن العقد ينتهي بتمام الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشتر بينهما ولا عقد فيجب موثته عليهما. وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه فيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الضمن على العامل. وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار شايع بلخ. قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الأصح في ديارنا. فالخاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه، وما كان

إنما يجوز إذا لم يتضرر به غيره وهاتنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكرنا لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض؟ أجيب بأن رب الأرض تمتعت في طلب القلع لانقاعه بتصميمه وبأجر المثل فرد عليه، بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فرما يخاف أن يصيبه من الزرع مالا يفي بذلك، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: إن رب الأرض أيضا ليس تمتعت في طلب القلع، بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الإبقاء، فرما يخاف أن يصيبه من الزرع مالا يفي بنفقة حصته فليأمل اهـ.

وقوله (ولو مات المزارع) ظاهر. وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة إلا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بأكملها إذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأن المزارع لما امتنع عن العمل الخ. قال (وكذا أجرة الحصاد والرفاع) قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد. والرفاع بالفتح والكسر: هو أن يرفع الزرع إلى البيلدر. والتلوية: تمييز الحب من التبن بالريح. ولما كان التقدير ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والأصل أن اشترط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسدها لأنه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما ومثله يفسد الإجارة فكذا المزارعة لأن فيها معنى الإجارة والفصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما يثبت وينسب وي زيد في الخارج فهو من أعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتلوية ورفع إلى البيلدر إذا شرط شيء منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية. وروى أصحاب الأمامي عن أبي يوسف أنها إذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا للاستصناع. وقال شمس الأئمة: هذا هو الأصح في ديارنا، والمصنف جعل الأعمال ثلاثة: ما كان قبل الإدراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها، وما كان بعد الإدراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما، وما كان بعد القسمة كالحمل إلى البيت والطحن وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما، لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتمييز ملك

(قال المصنف: لأن بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول: فيه شيء، فإن قولنا لصاحبها اقلع الزرع إلزام الضرر. وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير (قوله وقال شمس الأئمة: هذا هو الأصح في ديارنا) أقول: وفيه بحث، لأن كونها أصح، إما أن يكون رواية أو ددية، ولا يصح شيء منها لأن الروايات والدلائل لاتعلق بديار دون أخرى. ويمكن أن يقال: دليل هذه المسئلة العرف. وهو يختلف باختلاف الديار، والله أعلم.

بعد القسمة فهو عليهما ، والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل ، وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ، ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه . وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد . ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه . ولو أراد فصل القصيل أوجد الثمر بسرا أو التقاط الرطب فذلك عليهما لأنها أنهي العقد لما عزم على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الإدراك . والله أعلم .

(كتاب المساقاة)

(قال أبو حنيفة : المساقاة بجزء من الثمر باطلة ، وقالوا : جائزة إذا ذكر مدة معلومة وسُمي جزءا من الثمر شاعا)

(كتاب المساقاة)

قال في غاية البيان : كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة ، لأن المساقاة جائزة بلا خلاف . ولما قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره ، إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة . ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمسّ فقدمت ، ولأن تفريعاتها أكثر من تفريعات المساقاة انتهى . أقول : في تقريره نوع خلل ، فإنه قال في أوائل كلامه : لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ، وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلا في جواز المساقاة . وليس كذلك قطعا لأن أبا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال : قال أبو حنيفة : المساقاة بجزء من الثمر باطلة ، وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح . وقال جمهور الشراح : كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ، ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه الصلاة والسلام بأهل خيبر ، إلا أن اعتراض موجب صوّب إيراد المزارعة قبل المساقاة : أحدها شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها . والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة . أقول : فيه أيضا شيء ، وهو أن قولهم ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه الصلاة والسلام بأهل خيبر محل نظر ، فإن الأحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة أيضا من غير فصل . سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى في قصة

كل واحد منها عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه إليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضا على هذه الوجوه . وقوله (لأنه مال مشترك) سواه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان . وقيل باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما ، ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معينا في قرية يقال لهم شركاء في القرية .

(كتاب المساقاة)

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ، ولورود الأحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ، إلا أن اعتراض موجب صوّب إيراد المزارعة قبل المساقاة : أحدها شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام

(كتاب المساقاة)

والمسافة : هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة . وقال الشافعي رحمه الله : المعاملة جائزة ، ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة لأن الأصل في هذا المضاربة . والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل . وفي المزارعة لو شرطاً الشركة في الربح دون البذر بأن شرطاً رفعه من رأس الخارج تفسد ، فجعلنا المعاملة أصلاً ، وجوزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الأرض والمقول وفي وقف العقار ، وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة بمعنى كما في المزارعة . وفي الاستحسان : إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج . لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلماً يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن ، وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار ، لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة . بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً

أهل خير . وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة : وهي يعني المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة . وقال : جائزة لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام عامل أهل خير على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى . وكان كلاماً من فريق الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أحل به الآخر كما ترى (قوله والمسافة هي المعاملة) قال في العناية : والمسافة هي المعاملة بلفظ أهل المدينة . ومفهومها اللقوى هو الشرعي . وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى . وردّ عليه صاحب الإصحاح والإيضاح حيث قال : هي عبارة عن المعاملة بلفظ أهل المدينة . وفي الشرع عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره . وقال في الحاشية : فقهومها اللقوى أعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى . أقول : ليس ذلك بوارد ، إذ الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المسافة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسافة بالمسافة بلفظ أهل المدينة وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها . وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لثلث البيع والإجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللقوى أعم من مفهومها الشرعي ، وإلا يلزم أن لا يصح قوله المسافة هي المعاملة بلفظ أهل المدينة ، إذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المسافة على كل معاملة . بل إنما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس . وقد اعترف ذلك الراد أيضاً بأن المسافة عبارة عن المعاملة بلفظ أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللقوى أعم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية : يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى . أقول : في هذا التفسير خلل . لأن الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطاً للمسافة ، فإن شرائط المسافة أربعة كما نص عليه

المزارعة لكثرة وقوعها . والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المسافة (والمسافة هي المعاملة) بلفظ أهل المدينة ، ومفهومها اللقوى هو مفهومها الشرعي . فهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها . والكلام فيها كالكلام في المزارعة : يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة ، وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة وبه أخذ زفر . وجائزة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى . وقال الشافعي رحمه الله : المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز إلا تبعاً لها ، وذلك بأن يكون النخيل والكرم في أرض بيضاء تسقى بماء النخيل فيأمر بأن يزرع الأرض أيضاً بالنصف ، وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح . والجواب أن أساس الحاجة إلى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان ألحقها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة . وقوله (وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمر) منته : لو دفع رطبة قد انتهى جذاها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بنورها على أن ما رزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفيين جاز إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لأنه يصير في معنى الثمر للشجر ، وهذا لأن إدراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل ، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحاً

وصيفا وريعا ، والانتفاء بناء عليه فتدخله الجهالة . وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر . معامله حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأراضى وضعفها تفاوتا فاحشا . وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة ، لأنه ليس لذلك نهاية معلومة . لأنها تنمو ماتركت في الأرض فجعلت المدة (ويشترط تسمية الجزء . مشاعا) لما بينا في المزارعة إذ شرط جزء معين يقطع الشركة (فإن سمي في المعاملة وقتا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة) لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو سمي مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لأنها لا تتيقن بفوات المقصود : ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد ، وإن تأخر فللمعامل أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء . بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بآفة فلا يبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه . قال (ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرتاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجديد : لا يجوز إلا في الكرم والنخل ، لأن جوازها بالأثر وقد خصهما وهو حديث خبير . ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت ، وأثر خبير لا يخصهما لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار

الإمام قاضيان في فتاواه . وذكر في النهاية وغيرها أيضا . وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة . فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة . وقد سبق صاحب الكفاية إلى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية . ولكن قيده بما يصلحه في الجملة حيث قال : أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى . ثم أقول : لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة : ويرشد إليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة . ولا يجوز المزارعة إلا تبعا للخ ، فإنه يبان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا : فالوكان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما لا يذهب على ذي فطانة (قوله لأنها تنمو ماتركت في الأرض فجعلت المدة) قال صاحب العناية : وقوله لأنها تنمو ماتركت في الأرض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم . وفي نسخة فكان معلوما انتهى . أقول : فيه كلام . أما أولا فلا نكون قوله لأنها تنمو ماتركت في الأرض دليل الرطبة وحدها ممنوع . بل يمكن أن يجعل

والرطبة لصاحبها . وقوله (غرسا قد علق) أي نبت ولم يبلغ حد الإنماء ظاهر . وقوله (بخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه : حتى تذهب أصولها وينقطع نباتها . وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه : إذا لم يكن للرطبة جذة معلومة ، فإن كان فهي جائزة كما لو أطلق في النخيل فإنه ينصرف إلى الفرة الأولى ، وقد ترك المصنف في كلامه قبيدين لا غنى عنهما فكان إجماعا بخلا . وقوله (لأنها تنمو ماتركت في الأرض) دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما حتى تذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم . وقوله (لا يخرج الثمر فيها) أي في الوقت أنه يتأول المدة . قال (ويجوز المساقاة في النخيل والشجر) هذا بيان ماتجري فيه المساقاة وما لا تجرى فيه . وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الأثر من حديث خبير وكان في النخل والكرم (ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خبير خصهما لأن أهلها يعملون في الأشجار والرتاب أيضا ، ولئن سلمنا ذلك لكن الأصل في النصوص التعليل لا سلبا على أصله : فإن بابه عنده أوسع لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التمييز على كونه جامعا بين الأوصاف . وأما نحن فإنا لا نجوزها بالعلة القاصرة . ويشترط قيام الدليل على أن (قوله لم يذكر دليل النخيل والرطبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول : زائدة على شرط قيام دلالة التمييز بين وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم .

والرطاب أيضا ، ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سببا على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالمعقد (وكلما ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البئر على ما قدمناه . قال (فإن دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يميز) وكلنا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ، ولو استحصد وأدرك لم يميز ، لأن العامل إنما يستحق بالعمل ، ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك ، فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع ، بخلاف ما قبل ذلك لتحقيق الحاجة إلى العمل . قال (وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لأنه في معنى الإجارة الفاسدة ، وصار كالمزارعة إذا فسدت . قال (وتبطل المساقاة بالموت) لأنها في معنى الإجارة وقد بيناه فيها ، فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر ، وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فبقي العقد دفعا للضرر عنه ، ولا ضرر فيه على الآخر (ولو ألزم العامل الضرر بتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن يتفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم ، وقد بينا نظيره في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض) لأن فيه النظر من الجانبيين (فإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارين الثلاثة) التي بينها

دليلا على المجموع بخبرائه في المجموع ، كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لأنه ليس لذلك نهاية معلومة بعم المجموع فينبغي أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عند إمكان ذلك . وأما ثانيا فلأن ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة إذا شرطا القيام عليها حتى يذهب أصولها ليس بتام . أما على النسخة الأولى التي معناها لأنه لا نهاية لذلك : أي لزمان ذهاب أصولها ، فكان أي المدة بتأويل الوقت غير معلوم فلا نرد عليه أنه إنما يفيد تحقق تينك صورتين أيضا ، ولا يتم عنرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود . وأما على النسخة الثانية التي معناها لأنه لا نهاية لذلك فكان معلوما : أي كان دليل تينك صورتين معلوما لظهور إفساد جهالة المدة العقد فلم ينجح إلى ذكره ، فلا نرد عليه أن يقتضي أن لا يذكر دليل الرطبة أيضا ، لأن حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغي أن لا يذكر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فتأمل (قوله ولو ألزم العامل الضرر بتخير ورثة الآخرين أن يقسموا البسر على الشرط ، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر ، وبين أن يتفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الإمام الزيلي في شرح الكنز : وفي رجوعهم في حصته فقط إشكال ،

هذا النص بعينه معلول وموضعه أصول الفقه . وقوله (وليس لصاحب الكرم) واضح . وقوله (لما قدمناه) وفي بعض النسخ على ما قدمناه إشارة إلى ما ذكره في المزارعة بقوله : وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البئر من العمل لم يجز عليه الخ) والحاصل أن المساقاة لا تشمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبيين ، بخلاف المزارعة فإن صاحب البئر يلحقه ضرر في الحال بإلقاء بئر في الأرض فلم تكن لازمة من جهته ، ثم عذر صاحب الكرم لحق دين فادح لا يمكنه الإيفاء إلا ببيع الكرم وعذر العامل المرض . وقوله (ولم يرد به الشرع) لأنها جوزت بالأثر فيها يكون أجر العامل بعض الخارج . قوله (وإذا فسدت المساقاة) واضح . وقوله (والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان إبقاء للعقد دفعا للضرر عنه . وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرطا أنصافا ، لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج والإجارة تنقضي بموت أحد المتعاقدين ، والباقي واضح علم مما ذكر نظيره في المزارعة .

(قوله لحق دين فادح) أقول : بالغاه (قوله وقوله ولم يرد به الشرع لأنها الخ) أقول : فيه بحث (قال المصنف : ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول : قال العلامة الزيلي : في رجوعهم في حصته فقط إشكال ، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه جميعه ، لأن العامل إنما يستحق (٦١ - تكملة فتح القدير حتى - ٩)

(وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه ، وهذا خلافة في حق مالى وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك لأن يكون وارثه في الخيار (فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا . قال (وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا الأول سواء . وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر) لأن الشجر لا يجوز استجاره ، بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استجارها ، وكذلك العمل كله على العامل هاهنا وفي المزارعة في هذا عليهما : لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وهاهنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها . قال (ونفسخ بالأعذار) لما بينا في الإجازات ، وقد بينا وجوه العذر فيها . ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة المعف والثقل قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا لم يلزمه فنفسخ به . ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لأن في إلزامه استجار الأجر زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل ذلك عذرا ، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا ؟ فيه روايتان .

وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه . ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه ، فلو رجعوا عليه بمحضته فقط يؤدي إلى استحقال العامل بلا عمل في بعض المدة . وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك : قلت : لا إشكال ، إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجبته كما فهمه هذا العلامة انتهى . أقول : ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فإن عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا . وإن شاموا أنفقوا على البس حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما في المزارعة انتهى . ولا شك أنها صريحة في أن ما يرجعون به نصف نفقتهم لاجمعيها فأني يتيسر الحمل على خلاف ذلك (قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا ؟ فيه روايتان) قال في النهاية : يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان : في إحداها لا يكون عذرا . وينبغي على

وقوله (وهذا خلافة في حق مالى) جواب عما يقال : كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح . وقوله (والخارج بسر أخضر فهذا الأول) يعني صورة الموت (سواء والعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استجاره) وإن أبى خير الآخر بين الخيارين الثلاث . بخلاف المزارعة في هذا : أي فيها إذا انقضت مدة المزارعة لأن الأرض يجوز استجارها ، وكذلك العمل كله على العامل هاهنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح . قال (ونفسخ بالأعذار لما بينا في الإجازات) يريد به قوله ولنا أن النافع غير مقبوضة وهي المقود عليها . فصار العذر في الإجارة كالعليب قبل القبض إلى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في الإجارة وكلامه واضح . وقوله (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان : في إحداها لا يكون عذرا . وينبغي على ذلك لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وهاهنا ليس كذلك . وفي الأخرى عذر ، وتأويله أن يشترط العمل بيده . فإذا ترك ذلك العمل كان عذرا ، أما إذا دفع إليه التخييل على أن يعمل فيها بنفسه وبأجراته فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا

بالعمل وكان العمل كله عليه ، ولهذا إذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه ، فلو رجعوا عليه بمحضته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بمحضته ، وهذا غلط لأنه يؤدي إلى استحقال العامل بلا عمل في بعض المدة ، وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى . قلت : لا إشكال ، إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجبته كما فهمه هذا العلامة . ثم أقول : قوله لأنه يؤدي إلى استحقال العامل بلا عمل في بعض المدة الخ : يعني بعض هذه المساقاة فإنها تبقى استحسانا ، بخلاف ما إذا انقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر . لكن أن نقول : بقاؤها استحسانا كان نظرا للعامل ، فإذا ألزم الضرر ينتقض العقد ، صرح به في النهاية .

وتأويل إحداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عنرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء إلى رجل سنين معلومة يفرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجر ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لأبعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لأنه في معنى فقيز الطحان، إذ هو استتجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها .

ذلك لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عنر وهو ما يلحقه به ضرر وهنا ليس كذلك . وفي الأخرى عنر انتهى . أقول : في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خطأ . إذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عنرا روايتان : إحداهما كونه عنرا والأخرى عدم كونه عنرا فيؤدي إلى كون الشيء طرفا لنفسه ولتقيضه ولا يخفى بطلان ذلك . والوجه عندى أن معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عنرا فيه روايتان : إحداهما بالإيجاب وهو أن يكون عنرا ، والأخرى بالسلب وهو أن لا يكون عنرا . فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على القطن (قوله وتأويل إحداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عنرا من جهته) أقول : فيه أنه إنما يكون عنرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرابا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك ، وأما إذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عنرا من جهته ، والكلام هاهنا في الترك الاختيارى . لأن الترك الاضطرابى إنما يكون بسبب عنر مقرر ، وقد مرّ مسئلة جواز الفسخ بالأعذار رواية واحدة . فذكر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على أن المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختيارى لا غير فتأمل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض) قال صاحب النهاية : يعنى لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما لشجر الغراس ، بل يكون تسليما لقطعة خشية ، وهو ما شرط ذلك . بل شرط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين ، فلما لم يمكن تسليمها وهي نابتة وجب رد قيمتها انتهى . واقتضى أثره في شرح هذا المجل على هذا المتوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية : واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشية حيث قال : فيه بحث ، إذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى . أقول : منع ذلك مكابرة ، لأن الشجر على مانص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الأرض ، فإذا قلع الغراس لم يصلق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما للشجر لا محالة بل يكون تسليما لقطعة خشية كما قاله هؤلاء الشراح . نعم إن قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشية مستدرك لا ينجلى طائلا هاهنا ، لأن استحقاق الغارس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون

في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا بيضاء ليس فيها شجر إلى رجل سنين معلومة يفرس فيها شجرا على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجر ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة) وهو الأرض (وكان جميع الثمر والغرس لرب الأرض . وللغارس قيمة غرسه وأجر مثل عمله ، لأنه في معنى فقيز الطحان إذ هو استتجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض) فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشية . ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين . فلما لم يمكن تسليمها شجرا وجب قيمتها وأجر مثله ، لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لأنها أعيان متقومة بنفسها لا بماجانسة

(قوله فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشية ولم يكن مشروطا) أقول : فيه بحث ، إذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر ، ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بأمر رب الأرض في أرضه صار كأن رب الأرض نمل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بإصالة بأرضه مسئلكا له بالمقوع فيها فتعذر الرد لعدم إمكان تخليصه من الأرض بتمامه كالصين من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول : فيه بحث ، فإن تسليم الشجر ليس بالشرط ، بل لأنه كان ملكا للغارس .

وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى ، وهذا أصحهما ، والله أعلم .

(كتاب الذبائح)

الشجر ملكا له كما صرحوا به ، ولهذا يجب على رب الأرض ردّ قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين تدبر ترشد(قوله وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) يخى وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر : أى دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه : أى بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى . قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق : وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه ، أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج . فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لا لاعتبار معنى الاستئجار الذى هو فى معنى قفيز الطحان انتهى . أقول : يرد على الصورة الثانية مما ذكرناه وهى قولهم أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنها لاتصلح لأن تكون طريق تخريج هذه المسئلة . لأن وضع هذه المسئلة على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين ، وفى الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الأرض فلا يتصور المناصفة فى الشجر .

(كتاب الذبائح)

قال جمهور الشراح : المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافا فى الحال للاتضاع فى المال ، فإن المزارعة إنما تكون بإتلاف الحب فى الأرض للاتضاع بما ينبت منها ، والذبيح إتلاف الحيوان يلزهاق روحه فى الحال للاتضاع بلحمه بعد ذلك انتهى . أقول : يتجه على ظاهر ما ذكرناه من المناسبة أنه إنما يقتضى تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح ، إذ

بيننا وبين عمل العامل لأنه متقوم بالعقد لاقبته له فى نفسه (وفى تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله فى كفاية المنتهى) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه ، أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج ، فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه فى معنى قفيز الطحان . قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعنى المذكور فى الهداية (أصحهما) لأنه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه ويصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ فى أن الغراس آلة يعمل الأرض بها يستأجر صباغا كالصبغ للثوب . فإذا فسدت الإجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهى متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فى ثوبه وأجر عمله ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الذبائح)

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافا فى الحال للاتضاع فى المال ، فإن الزراعة إنما تكون بإتلاف الحب فى الأرض

(قوله أو شراؤه جميع الغراس) أقول : منظور فيه ، إذ لا يمكن أن يكون طريق تخريج مسئلة الكتاب لأن الغراس فيها بينهما .

(كتاب الذبائح)

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح) أقول : ينبى أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فإنه ذكر بعد كتاب المساقاة ، ويقول

لا إلتلاف في المساقاة . والذى وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذباح لامتقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب ، اللهم إلا أن يقال : جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والأحكام كما تقرّر في مباحثهما ، فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذباح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذباح فاكفوا بذلك . وعن هذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيهان وغيرها اكفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنوانها بالمعاملة ، وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبعاد كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها ، بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة ، ألا يرى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة تعقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعاً كما صرحوا به . ثم إن الذباح جمع ذبيحة وهى اسم ما يذبح كالذبيح والذبيح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج ، كذا في الكافي والكفاية . اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلاً لما فيه من إيلام الحيوان ولكن الشرع أحله . قال شمس الأئمة السرخسى في المبسوط بعد نقل قولهم : وهذا عندى باطل : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه ، وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه انتهى . وقال في العناية بعد ذكر ذلك : أوجب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكذب والظلم ، لأن المحظور العقلي ضربان : ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة ، وما فيه نوع تجويز من حيث تصوّر منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظراً إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم انتهى . وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسى : والجواب المذكور في العناية : قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر . أما الأول فلائنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة . وأما الثاني فكذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئاً من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج إلى دليل ، والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لا يظن به عليه الصلاة والسلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره ، والمحجب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل

للانتفاع بما ينبت منها ، والذبيح إلتلاف الحيوان يلزهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك . واعلم أن العراقيين ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلاً ، ولكن الشرع أحله لأن فيه إضرارا بالحيوان . وقال شمس الأئمة : هذا عندى باطل ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ، ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه ، وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه . وأوجب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ، وليس الذبيح كالكذب والظلم ، لأن المحظور العقلي ضربان : ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة ، وما فيه نوع تجويز من حيث تصوّر منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظراً إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم ، والذكاة الذبيح ، وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاه السن

في كليهما إصلاح ما لا ينتفع به بالأكل في الحال للانتفاع في المال (قوله لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام) أقول : وإن أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع ، فلا يمتنع أكل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بنهرتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول : لفظاً ما معنى الله . وقوله يأكل : أى يأكله . وقوله ذبائح خبر يكون ، والمعنى الله كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين .

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة) لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ، وكما ثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره . فإنتها نتي عنها . ومنها قوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الأرض يبسها » وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللب والحقين . واضطرارية وهى الجرح في أى موضع كان من البدن . والثاني كالبدل عن الأول لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول . وهذا آية البدلية . وهذا لأن الأول أعمل في إخراج الدم والثاني أقصر فيه ، فأكفى به عند العجز عن الأول : إذ التكليف بحسب الوسع . ومن شرطه أن يكون النابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي . وأن يكون حلالا

الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعا لاستدلاله فلا عمل لنظره أصلا (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان : وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب ، لأنه إذا ذكر لفظ قال في أول المسئلة كان يشير به إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدورى ، وهما لم تقع الإشارة إلى أحدهما ، ولهذا لم يذكره في البدلية . وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيرا به إلى نفسه انتهى . وقال العيني بعد نقل ذلك : قلت هذا تطويل بلا فائدة . لأنه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال بإضمار الفاعل وأراد به نفسه ، فهذا أيضا مثله . ولا يازم تعيين الفاعل : ألا يرى أنه عند إسناد القول إلى القدورى أو حمد بن الحسن لم يصرح بفاعله ، وكذلك عند إسناده إلى نفسه . ولا يخفى هذا إلا على من لم يميز مسائل القدورى من مسائل الجامع الصغير ، ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه . أقول : الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال بإضمار الفاعل وأراد به نفسه : إن أراد به أنه ذكرها في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها إلى نفسه فهو فرية بلا مية ، فإنه إذا ذكرها في أول المسئلة كان يشير بها إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدورى على الأيراد كما ذكره صاحب الغاية . وإن أراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها إلى نفسه فهو واقع . ولكن إذا ذكرها في مثل تلك المواضع كأن يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضى الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط ، وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف . فالشارح العيني مكابر فيها ذكره هاهنا (قوله لقتله تعالى - إلا ما ذكيتم -) فإن حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله ، وقد قال الله تعالى قبله

بالدّ لهاية الشباب ، وذا النار بالقصر نقام اشتغالها ، ومعنى قوله (الذكاة شرط حل الذبيحة) الذبح شرط حل أكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - بعد قوله - حرمت عليكم الميتة والدم - الخ . استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا ، والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها . لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ، ولأن غير المذكى ميتة وهى منصوص عليها بالحرمة ، ولأن الدم حرام لنجاسته لما تلونا ، وهو غير متميز من اللحم ، وإنما يتميز بالذكاة فلا بد منها لتمييز النجس من الطاهر ، ولا يلزم الجرد والسمك لأن جعلها بلا ذبح ثبت بالنص . وكما ثبت بالذبح الحل في المأكول يثبت به الطهارة في غيره : لأن الذكاة تنقي عن الطهارة ، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم « ذكاة الأرض يبسها » يعنى أنها إذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهى) يعنى الذكاة (اختيارية) كالجرح فيما بين اللب) وهى الصدر والحقين ، واضطرارية وهى الجرح في أى موضع كان من البدن . قوله (والثاني كالبدل عن الأول) واضح ، وإنما قال كالبدل لأن الأبدال تعرف بالنص ولم يرد فيه . وقد وجدت أمانة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه)

(قوله والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها ، لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول : فيه بحث ، فإن الثبوت بالشرع لا ينافي كون المشتق منه علة الحكم ، وذلك لا يخفى على أحد (قوله ولأن غير المذكى ميتة الخ) أقول : فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول : فيه أن جعلها مشبها بها لا يلائم مرام المقام ، إذ المطلوب إثبات طهارتها (قوله كالكتابي فإنه يدعى ملة الجرح) أقول : فيه شيء ، فإن النصارى مثابة فكيف يدعون ملة التوحيد .

خارج الحرم على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال) لما تلونا ، ولقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيًا أو مجنونًا أو امرأة . أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لانهل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك

- حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير - إلى آخره . فاستثنى من الحرمة المذكي فيكون حلالا . قال صاحب العناية : والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها . لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى . أقول : ليس هذا الكلام منه بمقول المعنى . لأن ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا) ولقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - عنى بقوله لما تلونا قوله تعالى - إلا ما ذكيتم - وهو في حق المسلم ، وقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - في حق الكتابي من باب اللف والنشر . كذا ذكره تاج الشريعة ، وهو الأحسن عندى أيضا في بيان مراد المصنف هنا . قال صاحب العناية : وقوله لما تلونا إشارة إلى قوله تعالى - إلا ما ذكيتم - ولما استشعر أن يقال إلا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا في الإفادة . ضم إليه قوله عز من قائل - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - إلى هنا كلامه . أقول : فيه بحث . أما أولا فلا ناسلم أن الخطاب في قوله تعالى إلا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسياق في النظم الشريف ، ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم - ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ،

أى ومن شرط الذبيح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد . إما اعتقادا كالمسلم . أو دعوى كالكتابي فإنه يدعى ملة التوحيد . وإنما تحمل ذبيحته إذا لم يذكر وقت الذبيح اسم عزيز والمسيح لقوله تعالى - وما أهل به لغير الله - ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كالمسيحي . قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان أو حربيا حلال إذا أتى به مذبوحا . وأما إذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى - إلا ما ذكيتم - ولما استشعر أن يقال - إلا ما ذكيتم - عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا في الإفادة . ضم إليه قوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - قال البخاري في صحيحه : قال ابن عباس رضى الله عنهما : طعامهم ذبائحهم . واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة . فإن المجوسى إذا اصطاد سمكة حل أكلها . وفيه نظر . فإن التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل إذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعنى يعقل لفظ التسمية ، وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى يقدر على الذبح ويضبطه : أى يعلم شرائط الذبح من فرى الأوداج والحلقوم (وإن كان) أى الذابح (صبيًا أو مجنونًا) قال في النهاية أى معتوها : لأن المجنون لا قصد له ولا بد منه ، لأن التسمية شرط بالنص وهي بالقصد ، وصحة القصد بما ذكرنا : يعنى قوله إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه ، والأخلف والمجنون سواء لما ذكرنا . قيل أراد به الآيتين المذكورتين ، وفيه نظر : لأن عادته في مثله لما تلونا . وقيل أراد به قوله لأن حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب ، والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك . قيل إنما ذكر الأكل

(قول ولما استشعر أن يقال : إلا ما ذكيتم عام) أقول : ويمكن أن يقال : بل الذى استشعر أن يقال الخطاب في ذكيتم للمؤمنين كالخطاب في عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم ، وما ذكره الشارح لا يخلو عن الجهد ، إذ يكتفى لفظ في أشاله مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضا فتأمل (قوله فلا يكون قاطعا في الإفادة) ضم إليه قوله تعالى الخ) أقول : والحق أنه لا حاجة إلى بيان المتر ، فإن إثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز (قوله والذبيحة : يعنى يقدر على الذبح) أقول : فيكون الكلام من باب :

بالفصل ، وصحة الفصد بما ذكرنا . والأكلف والمختون سواء لما ذكرنا ، وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذي والحربي والعربي والتغلي ، لأن الشرط قيام الملة على مامر . قال (ولا تؤكل ذبيحة الجوسى) لقوله عليه الصلاة والسلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غيرنا كحى نسائهم ولا آكل ذبائحهم » ، ولأنه لا يدعى التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى . قال (والمرتد) لأنه لا ملة له ، فإنه لا يقرّ على ما انتقل إليه . بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه لأنه يقرّ عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله . قال (والوثني) لأنه لا يعتد الملة .

ثم قال عز وجل - حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخقة والموقودة والمردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم - وقال القاضى البضاوى وغيره من المفسرين : إن قوله تعالى - حرمت عليكم الميتة - الخ بيان لما ينل عليكم ، فلا جرم يكون الخطاب فى - حرمت عليكم - و- إلا ما ذكيتم - للمؤمنين خاصة أيضا فلا يكون بما يعم الوثني ونحوه ، ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذى خص منه البعض ، بل هو من قبيل العام الذى نسخ بعضه بإخراج الوثني والجوسى والمرتد من حكمه ، إذ قد تقرر فى علم الأصول أن التخصيص عندنا إنما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناول به ما هو مستقل موصول بالعام ، وأن قصره على بعض ما يتناول به ما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص ، وأن الذى لا يكون قطعا إنما هو العام الذى خص منه بعض ما يتناول به دون العام الذى نسخ بعض ما يتناول به فإنه يكون قطعا فى الباقي بلا ريب ، ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثانى دون الأول ، لأن الذى يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - فكان قطعا فى الإفادة ، ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع فى الإفادة فهو كاف فى إفادة المطلوب هنا بلا حاجة إلى ضم شيء آخر ، إذ قد تقرر فى علم الأصول أيضا أن الدليل الظنى يفيد وجوب العمل وإن لم ينفذ وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانيا فلأن مثل ما ذكره صاحب العناية فى قوله تعالى - إلا ما ذكيتم - يتجه على الاستدلال بقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - بأن يقال أيضا : إنه عام مخصوص لخروج مالم يذكر اسم الله عليه فيقتضى أن يضم إليه أيضا دليل آخر . وأما ثالثا فلأن الضم المذكور إنما يفيد فى حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم أن يبنى الدليل قاصرا عن إفادة حل ذبيحة المسلم على معنى زعم الشارح المزبور : اللهم إلا أن يدعى أن الدليل الثانى إذا أفاد حل ذبيحة الكتابي أفاد حل ذبيحة المسلم أيضا دلالة . ثم إن المراد بالطعام فى قوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب ذبائحهم - قال البخارى فى صحيحه : قال ابن عباس : طعامهم ذبائحهم . واستدل صاحب الكافى وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة ، إذ يستوى الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الأطعمة ، فإن الجوسى إذا اصطاد سمكة حل أكلها . ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور : وفيه نظر ، فإن التخصيص باسم العلم لا يدل على التقي عما سواه . أقول : ليس ذاك بشيء ، إذ لا يتحقق على القطن أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على التقي عما سواه ، بل مرادهم كما ينادى عليه كلامهم أنه لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذكر فى كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ، ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمش على أصل من لا يقول بمفهوم المخالفة أيضا ، إذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والأكلف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف الشراح فى تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا ، فقال صاحب التهاية

احترازا عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فإنه يقول : شهادة الأكلف وذبيحته لا تجوز . وقوله وإطلاق الكتاب ينتظم كذا ظاهر . وقوله (لأن الشرط قيام الملة فيه نظر ، لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط . ويمكن أن يجاب عنه بأنه شرط فى معنى الملة . وقوله (ولا تؤكل ذبيحة الجوسى) واضح . قوله (بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه) يريد به من

(قوله ويمكن أن يجاب بأنه شرط فى معنى الملة) أقول : ويجوز أن يجاب أيضا بأنه لا مانع يتصور منه حل ذبيحته إذا أتى سائر الشرائط غير نفسية الملة ، فإذا لم يكن مانعا أيضا يحل .

قال (والمحرّم) يعنى من الصيد (وكذا لا يؤكل ما ذبح فى الحرم من الصيد) والإطلاق فى الحرم ينظم الحل والحرم ، والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والحرم ، وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة ، بخلاف ما إذا ذبح الحرم غير الصيد أو ذبح فى الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع ، إذ الحرم لا يؤمن الشاة ، وكذا لا يحرم ذبحه على الحرم . قال (وإن ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى : أكل فى الوجهين . وقال مالك : لا يؤكل فى الوجهين والمسلم والكاتبى فى ترك التسمية سواء ، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرى ، وهذا القول من الشافعى مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فىمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامدا ، وإنما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا . فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهما أنه يحرم ، ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه يحل ، بخلاف متروك التسمية عامدا ، ولهذا قال أبو يوسف والمشايع رحمهم الله : إن متروك التسمية

وغاية البيان أراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى - إلا ما ذكيتم - وقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - لأن الخطاب عام ، وردّه صاحب العناية حيث قال بعد نقله : وفيه نظر ، لأن عادته فى مثله لما تولنا . وقال تاج الشريعة : أراد به قوله لأن حلّ الذبيحة يعتمد الملة . وردّه أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا : وهذا ليس بمذكور فى الكتاب . أقول : يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة إن ذلك وإن لم يكن مذكورا فى الكتاب صراحة إلا أنه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مرّ : ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد . ثم قال صاحب العناية : والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته فى مثله ذلك انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر إنما يدل على كون الذكاة شرط حلّ الذبيحة ، ولا يدل على أن أهل الذبح من هو ، كيف يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثنى والمجوسى والمرتد أيضا مع أن أحدا منهم ليس بأهل للذبح قطعا . وقول المصنف لما ذكرنا تحليل لاستواء الأكلف والخئون فى الأهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل إشارة إلى ما دلالة فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر . ثم أقول : هنا احتمال آخر أقرب بما ذكرنا ، وهو أن يكون قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله ويجزّ إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة ، فإنه قد علم من ذلك أن مدار حلّ الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ، ولا يخفى أن الأكلف والخئون لا يتفاوتان فى ذلك فكانا سواء فى حكم حلّ ذبيحتهما تدبر تفهم (قوله وإن ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا أكل . وقال الشافعى : تؤكل فى الوجهين . وقال مالك : لا تؤكل فى الوجهين) قال صاحب العناية فى شرح هذا المجل : إن ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا أو ناسيا . قال الشافعى بشمول الجواز ، ومالك بشمول العدم . وعلماؤنا فصلوا ، إن تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل ، وإن تركها ناسيا أكل انتهى . أقول : كأنه حسب أنه أتى فى شرح هذا المجل بكلام يجعل جامع لأقسام المسئلة كلها لكنه أدخل بحق المقام فى تحريره هذا . أما أولا فلأن قوله عند الذبح بتاتى تعميم الذبح للاختيارى والاضطرارى كما يقتضيه قوله اختياريا كان أو اضطراريا لأنهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح إنما تشترط فى الذكاة الاختيارية ، وأما فى الاضطرابية فيشترط كون التسمية عند الإرسال والرى لا غير ، وسيجىء ذلك

أديان أهل الكتاب ، أما إذا تمجس فلا تؤكل ذبيحته . قال (وإن ترك الذابح التسمية الخ) إن ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا كان أو ناسيا : قال الشافعى رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم . وعلماؤنا رحمهم الله فصلوا ، أن تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل ، وإن تركها ناسيا أكل . استدل الشافعى بقوله صلى الله عليه وسلم

عامدا لايسع فيه الاجتهاد . ولو قضى القاضى بجواز بيعه لاينفذ لكونه مخالفا للإجماع . له قوله عليه الصلاة والسلام « المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم » ولأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ، ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي . ولنا الكتاب وهو قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - الآية ، نهى وهو للتحريم .

في الكتاب أيضا . وأما ثانيا فلأن قول المصنف والشارح المزبور أيضا فيها بعد : وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي ينافى تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختياري والاضطراري ، إذ الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي إلى آخره يقتضى عدم دخول المقيس في جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه الصلاة والسلام « المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم ») أقول : فيه أن دليله هذا قاصر عن إفادة تمام مدعاه . لأن المسلم والكتاب في ترك التسمية سواء كما مر آنفا ، وهذا الحديث إنما ينتهض حجة في حق المسلم وحده (قوله له ولنا الكتاب وهو قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - نهى وهو للتحريم) قال في العناية : وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير ، وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان . يقال ذكر عليه إذا ذكر باللسان . وذكره إذا ذكر

« المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم » سوى بين التسمية وعلمها والشرط لا يكون كذلك . وبأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان ، كالطهارة في باب الصلاة فلنما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسي الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان . سلمنا أنها شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما في الناسي . والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة التسيان دفعا لتعارض بينه وبين حديث عدلين حاتم على ما نذكره . وعن الاستدلال بأننا لانسلم الملازمة فلنما تضي إلى التسوية بين العمد والتسيان والتسوية بين العمد والتسيان معهودة فيما إذا كان على الناسي هيئة مذكورة كالأكل في الصلاة والجماع في الإحرام ، وهما هنا إن لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابيح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكورة بوجوده ، ولما منع أن يمنع بطلان الثالي أيضا على مذهب مالك رحمه الله وعن التزك بما ذكره في الكتاب : يعني أن إقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي ، وهو معذور لا يبدل في حق العامد ولا عذر له ، وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب إليه الشافعي رحمه الله مخالفا للإجماع فواضح . واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - فإن فيه النهي بأبلغ وجه ، وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية ، وهو بإطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل . وهو أقرب لاهالة من مذهب الشافعي رحمه الله لأنه مذهب ابن عمر رضى الله عنهما . والجواب أنه غير مجرى على ظاهره . إذ لو أريد به بجزت الحاجة وظهر الاقنياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول . لأن ظاهر ما يدل عليه التفتظ لا يتحقق على أهل اللسان ، وفي ذلك أيضا من المخرج ما لا يحتج . إذ الإنسان كثير النسيان ، والمخرج مدفوع بقوله تعالى - وما جعل عليكم في الدين من حرج - فيحمل على حالة العمد دفعا لتعارض . ولنا قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير ، وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان . يقال ذكر عليه إذا إذا ذكر باللسان . وذكره إذا ذكر بالقلب . وقوله (ولا تأكلوا) عام مؤكدة بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيذ ، وتأكيذ

(قوله « المسلم يذبح على اسم الله سمي أو لم يسم ») أقول : ظاهره إقامة الإسلام مقام التسمية (قوله دفعا لتعارض بينه وبين حديث البخ) أقول : ولنا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (وقوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه -) أقول : ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف وبالك احتج بظاهر ما ذكرنا هو الآية الكريمة ، فيخالف ما أسلفه في الدرر السابق أن سادته في مثله لما تلونا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول : يعني القرن الثالث ، وإلا فلنعب عطاء أنه لا يجوز أكل شيء ما يكون ذكر اسم الله علي . أو المراد أكثر السلف وفيه ما فيه .

والإجماع وهو ما بينا . والسنة وهو حديث عدى بن حاتم الطائى رضى الله عنه فإنه عليه الصلاة والسلام قال فى آخره « فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك » علل الحرمة بترك التسمية . ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا . إذ لا فصل فيه ولكننا نقول : فى اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى ، لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير يجرى على ظاهره . إذ لو أريد به لجرت الحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف فى الصدر الأول . والإقامة فى حق الناسى وهو معذور لا يدل عليها فى حق العامد ولا عذر ، وما رواه محمود على حالة النسيان ثم التسمية فى ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهى على المذبح . وفى الصيد تشترط عند الإرسال والرمى وهى على الآلة ؛ لأن المقدور له فى الأول الذبح وفى الثانى الرمى والإرسال دون الإصابة فتشترط عند فعل بقدر

بالقلب . وقوله « ولا تأكلوا » عام مؤكّد بمن الاستغراقية التى تفيد التأكيد ، وتأكيده العام يبنى احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا ، إلا أن الشرع جعل الناسى ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الأكل ناسيا مقام الإمساك فى الصوم لذلك انتهى . أقول : فيه كلام . أما أولا فلأن مقتضى قوله أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » دالا على أن لا يؤكل المذبح بالذبح الاضطرابى أصلا ، لأن ذكر اسم الله عليه إنما يكون حال الإرسال والرمى لا حال الذبح كما نصوا عليه ، فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلو لم يدخل تحت النهى عن الأكل فى الآية المذكورة ، مع أن حل أكل المذبح بالذبح الاضطرابى إذا ذكر اسم الله عليه حال الإرسال والرمى مجمع عليه بلا ريب . وأما ثانيا فلأن قوله إلا أن الشرع جعل الناسى ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافى قوله فبا قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا ، لأن جعل الشرع الناسى ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسى من عموم قوله تعالى « مما لم يذكر اسم الله عليه » لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور أيضا فتحقق التناقض بين الكلامين تأمل تعقّف (قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل فيه) قال فى غاية البيان : أى لا فصل فى ظاهر ما ذكرنا من الآية ، لأن قوله « مما لم يذكر اسم الله عليه » يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم القيد بأحدهما انتهى . وقال فى العناية : استدلل مالك بظاهر قوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » فإن فيه

العام يبنى احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا ، إلا أن الشرع جعل الناسى ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج ، كما أقام الأكل ناسيا مقام الإمساك فى الصوم لذلك ، ومجال الكلام فى الآية واسع ، وقد قررناه فى الأنوار والفتاوى (والإجماع وهو ما بينا) يريد به ما ذكره فى التشريع بقوله فإنه لا خلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامدا ، وإنما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا (والسنة) وهو حديث عدى بن حاتم الطائى ، فإنه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدى عما إذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال « لا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك » علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء ، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرمى لكنها فى ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهى على المذبح ، وفى الصيد تشترط عند الإرسال والرمى وهى على الآلة ، لأن الطاعة بحسب الطاقة ، والمقدور له فى الأول الذبح ، وفى الثانى الرمى والإرسال ، وقد قرع على ذلك فى الكتاب تفريعات وهى واضحة ..

عليه، حتى إذا أضحج شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ، ولو رى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل ؛ وكذا في الإرسال، ولو أضحج شاة وسمى ثم رى بالشفرة وذبح بالأخرى أكل، ولو سمي على سهم ثم رى بغير صيدا لا يؤكل . قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره، وأن يقول عند الذبح : اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل : إحداها أن يذكر موصولا لامعطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة ، وهو المراد بما قال . ونظيره أن يقول : باسم الله محمد رسول الله ، لأن الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له ؛ إلا أنه يكره لوجود القرآن صورة فيتصور بصورة المحرم . والثانية أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول : باسم الله واسم فلان . أو يقول : باسم الله وفلان ، أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغیر الله . والثالثة أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضطجع الذبيحة أو بعده ، وهذا لا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح : اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولّى بالبلاغ ، والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضى الله عنه ، جرتوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لى لايجل لأنه دعاء وسؤال ، ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل ، ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لايجل في أصح الروايتين . لأنه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية . وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما في قوله تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صواف - قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع الصغير : لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الذكاة ما بين اللبة

النهي بأبلغ وجه وهو تأكيده بمن الاستغرافية عن أكل متروك التسمية . وهو بإطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل انتهى . أقول : الظاهر ما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - فريد عليه أن يقال : إن عادته في مثله أن يقول مانلونا فما معنى الخالفة لما هنا . وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الأولى ، فالأظهر عندي أن يكون مراده بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته ، لأن عادته أن يقول لما تلونا فيما

قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة . وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير إلى أنه لو قال غير مكسور لايجرم ، قيل هذا إذا كان يعرف النحو . وقال الترمذى : إن خفضه لايجل لأنه يصير ذاخعا بهما ، وإن رفعه حل لأنه كلام مبتدأ ، وإن نصبه اختلفوا فيه ، فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد رحمه الله : أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لايجرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) إشارة إلى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لأبي يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبیر أن المأثور به هاتان الذكر ، قال الله تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صواف - أى قائمات صففن أليدين وأرجاهن وهناك التكبير ، وبهذه الألفاظ لا يكون مكبرا (ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لايجل في أصح الروايتين) والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيئ إذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله أنه يجوز أن يصلى الجمعة بذلك القدر في إحدى الروايتين عنه بأن المأثور به هناك ذكر الله مطلقا . قال الله تعالى - فاسعوا إلى ذكر الله - وهاتان الذكر على الذبح (والذبح بين الحلق واللبة ، وفي الجامع الصغير : لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله) وأنى بلفظ الجامع الصغير لأن

(قوله فقال بفهمهم على قياس ما روى عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لايجرم) أقول : إذ يجوز أن يكون قصد إفادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الثمن بالمسلمين وحل أمرهم على الصلاح لا المجرور . والحرمة لاتثبت بالشك .

واللحيين ، ولأنه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء . قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة : الحلقوم ، والمرئ ، والودجان) لقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت » .

إذا أراد الكتاب وحده . وأن يقول لما روينا فيها إذا أراد السنة وحدها ، فلما أراد مجموعهما هاهنا أتى بكلمة جامعة فقال : ومالك يمتنع بظاهر ما ذكرنا : يعنى قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - فحديث عدلى بن حاتم الطائى إذ لافصل في ظاهر كل منهما كما ترى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أفر الأوداج بما شئت) قال تاج الشريعة : القرى : القطع للإصلاح ، والإفراء : القطع للإفساد . فيكون كسر الهزمة هنا أليق انتهى . واقتضى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه . وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعد هذا ورود الأمر بفرية . أقول : فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر ، لأن صاحب القاموس عمم القرى والإفراء للإصلاح والإفساد بلا فرق بينهما حيث قال : فراه بفرية : شقه فاسدا أو صالحا كفراه وأفراه انتهى . فعلى هذا لا يمت مذكروه أصلا . وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما ، إلا أنه جعل الذبيح من قبيل الإفراء دون القرى حيث قال عن أبي عبيد : والفرق بين الإفراء والقرى أنه قطع للإفساد وشق كما يفرى الذابح والسبع ، والقرى قطع للإصلاح كما يفرى الخراز الأديم انتهى . فعلى هذا لا يمت قولهم فيكون كسر الهزمة هنا أليق ، إذ لا شك أن الذبيح إذا كان من قبيل الإفراء دون القرى كان فتح الهزمة هنا هو الأليق والأنسب . ثم إن صاحب المغرب قال : وقد جاء فرى بمعنى أفرى أيضا ، إلا أنه لم يسمعه به في الحديث انتهى . فعلى هذا لا مجال لكسر الهزمة في الحديث لكونه غير مسموخ فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب . وأما قول المصنف فيما بعد في أثناء

فيه بيانا ليس في رواية القدورى ، وذلك لأن في رواية القدورى الذبيح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذب غيرهما . فيحصل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير . والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « الذكاة مابين اللبة واللحيين » وهو يقتضى جواز الذبيح فوق الحلق قبل العقدة . لأنه وإن كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين ، وهو دليل ظاهر للإمام الرستغنى رحمه الله في حل ما بقى عقدة الحلقوم مما يلى الصدر . ورواية المبسوط أيضا تساعده ، ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبيح إذا وقع أعلى من الحلقوم لا يملح ، وكذلك في فتاوى أهل سمرقند لأنه ذبيح في غير المذبح ، وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ، ولأن مابين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه ، وكان حكم الكل سواء ، ولا يعتبر بالعقدة . قال (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة : الحلقوم ، والمرئ ، والودجان . واختلف العلماء رحمهم الله في اشتراط ما يقطع منها للحل ؛ فذهب الشافعى رحمه الله إلى الاكتفاء بالحلقوم والمرئ : وذهب مالك رحمه الله إلى اشتراط قطع جميعها . وذهب أبو يوسف رحمه الله إلى اشتراط قطع الحلقوم والمرئ وأحد الودجين رجوع إليه بعد ما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله كما ذكره . وذكر القدورى أنه قول محمد أيضا . وقال المصنف : المشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده . وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة . وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت ، وهي ثلاثة أوجه : وإن قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع ، والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أفر الأوداج بما شئت » والقرى : القطع للإصلاح ، والإفراء : القطع للإفساد فيكون كسر الهزمة أنسب ، ولهذا قال بعد هذا لورود الأمر بفرية . احتج الشافعى رحمه الله بأنه جمع الأوداج وما نمت إلا الودجان ، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو يقطع الحلقوم والمرئ ، لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما ، وهو ضعيف لفظا ومعنى : أما لفظا فلأن الأوداج لادلالة لشاعلى الحلقوم والمرئ أصلا . وأما معنى فلأن المقصود إسالة الدم

(قوله لأن في رواية القدورى : الذبيح بين الحلق الخ) أقول : فيكون المراد بالحلق في كلام القدورى مبداء .

وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرء والودجين . وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلوق والمرء ، إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلوق فيثبت قطع الحلوق باقتضائه . وبظاهر ما ذكرنا يحتاج مالك ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا إن قطعها حل الأكل : وإن قطع أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة) وقالوا : لا بد من قطع الحلوق والمرء وأحد الودجين . قال رضي الله عنه : هكذا ذكر القنوري الاختلاف في نفسه . والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده . وقال في الجامع الصغير : إن قطع نصف الحلوق ونصف الأوداج لم يؤكل . وإن قطع أكثر الأوداج والحلوق قبل أن يموت أكل . ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه . والحاصل أن عند أبي حنيفة إذا قطع

تعليل قول محمد : ولورود الأمر بفريه فلعلمه جرى منه على استعمال فري بمعنى أفرى أيضا كما ذكر في المغرب . ولا يتأني عدم السماع به في الحديث لأن ما ذكره فيها بعد لفظ نفسه لالفاظ الحديث . أو اختياره من عدم الفرق بين الفري والإفراء . مطلقا كما ذكره في القاموس . فكذلك ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرء والودجين) وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلوق والمرء) قال في العناية : احتج الشافعي بأنه جمع الأوداج وما نمت إلا الودجان . فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلوق والمرء ، لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعها . أقول : يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكن قطع واحد من الحلوق والمرء . إذ الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى . وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيها بعد حيث قال : لأنه لا يجزى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، مع أن الشافعي لم يقل بكناية قطع أحدهما بل شرط قطعها معا . وقال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المزبور : وهو ضعيف لفظا ومعنى . أما اللفظ فلأن الأوداج دلالة لها على الحلوق والمرء أصلا . وأما معنى فلأن المقصود إسمالة الدم النجس ، وهو إنما يحصل بقطع مجراه انتهى . أقول : ما ذكره في وجه ضعفه لفظا ليس بسديد . إذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الأوداج على الحلوق والمرء بأنه جمع الأوداج . وما نمت إلا الودجان ، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلوق والمرء فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفي دلالتها عليها بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلوق فيثبت قطع الحلوق باقتضائه) قال بعض الفضلاء : فيه بحث . لأن المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة حل الأوداج على الاستغراق حيث بنى تعليقه على قيام الأكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلوق بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى . أقول : ليس هذا بشيء . لأن ما سيجيء من كلام المصنف في تعليل قول أبي حنيفة وإن اقتضى حل الأوداج على الاستغراق إلا أنه لا يقتضي أن يكون الاستغراق من جهة

النجس ، وهو إنما يحصل بقطع مجراه . واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه . فإن الأوداج جمع وأقله ثلاث فيتناول المرء والودجين ، وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلوق متعذر فثبت قطع الحلوق بالاقتضاء : وجوابه سيجيء . واحتج أبو يوسف رحمه الله بأن المقصود من قطع الودجين إنبال الدم فينوب أحدهما من الآخر . إذ كل منهما مجرى الدم ، أما الحلوق فيخالف المرء ، فإن المرء مجرى العلف والماء والحلوق مجرى النفس . ووقع في بعض النسخ بالعكس . وليس يجيد فلا بد من قطعها وهو قريب ، وجوابه سيجيء . واحتج محمد رحمه الله بأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بفريه ، والأكثر يقوم مقام الكل فيعتبر أكثر كل من الأمور الأربعة وهو أقرب كما ترى . واحتج أبو حنيفة رحمه الله بأن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام . وأرى ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها

(قال المصنف : فيثبت قطع الحلوق باقتضائه) أقول : فيه بحث ، لأن المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة حل الأوداج على الاستغراق حيث بنى تعليقه على قيام الأكثر مقام الكل . فحينئذ يثبت قطع الحلوق بتناول اللفظ لا باقتضاء .

الثلاث : أى ثلاث كان يحل ، وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع إلى ما ذكرنا . وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله . لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بغيره فيعتبر أكثر كل فرد منها . ولأبي يوسف أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر ، إذ كل واحد منهما مجرى الدم . أما الحلقوم فيخالف المرى فإنه مجرى العلف والماء . والمرى مجرى النفس فلا بد من قطعهما . ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام . وأتى ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها هو إنهار الدم المسفوح والتوحية في إخراج الروح . لأنه لا يجبا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام . ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب . بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة . قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس . إلا أنه بكره هذا الذبح) .

واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة ، بل يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة . وعلى قطع الرابع أيضا اقتضاء كما ذكره هاهنا ، إذ لاشك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الأربعة كلها ، وإن كان من جهتي الدلالة : أعنى العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب) أقول : لقائل أن يقول : لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحمزا عنها لما كان قطع العروق الأربعة جميعا في الذكاة أولى عند أبي حنيفة أيضا ، بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى ، فإن تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرر في كثير من قواعد الفقه ، مع أنه صرح في الشروح وغيرها

وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية : أى التحجيل في إخراج الروح . لأنه لا يجبا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، وبهذا يحصل جواب أبي يوسف ، وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله . لا يقال : الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام وليس ثمة معهود فينصرف إلى الواحد ، كما في قوله تعالى - لا يحل لك النساء - لأن ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك . وقوله (بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق) قيل : يعنى أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة ، فإن الاثنين لما كانا باقين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل . وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم الأكثر فكانه لم يقطع شيئا وربما لوح إلى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة . قال (ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن الخ) الذبح بالظفر والقرن والسن المزوعة جائز مكروه ، وأكل الذبيح بها لا بأس به . وقال الشافعي رحمه الله : هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم « كل ما أنهر الدم وآفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فلهما مدى الحيشة » استثناءهما بالإطلاق عما يجوز أكله فيتناول الحرمة بالمزروع والقائم ، ولأن الذكاة فعل مشروع . وإنهار الدم بها مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المزروع . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أنهر الدم بما شئت » ويروى « أفر الأوداج بما شئت » وهو بإطلاقه يقتضى الجواز بالمزروع وغيره ، إلا أنا تركنا غير المزروع بما رواه الشافعي فإن فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام « فلهما مدى الحيشة » فلهما لا يقلمون الأطفال ومجددون الأسنان ويقاثلون بالخدش والمض ، وهذا

(قال المصنف : وما هو المقصود يحصل بها) أقول : أى بقطعها على حلف مضاف (قال المصنف : والتوحية) أقول : أى التصجيل بالحاء المهملة (قال المصنف : لأنه لا يجبا بعد قطع مجرى النفس والطعام) أقول : لعل الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول : إنما يحصل جوابه إذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو (قوله وليس ثمة معهود) أقول : قيل لا نسلم أنه ليس ثمة معهود ، فإن الروق الذى تقطع بالنبع معلوم معهود (قوله لأن ما تحته ليس أفراده حقيقة ، والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك) أقول : فيه بحث ، فإنه إنما يحصل على الجنس إذا تضمن حمله على الاستغراق ، وهنا ليس كذلك كما لا يخفى . ثم قوله ليس إفراده : أى ليس من أفراد مفردة . وقوله حقيقة : أى ليس من أفراد حقيقة لأن هذا الجمع من باب التثنية .

وقال الشافعي : المذبوب ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسِّن فإِنهما مدي الحبيشة » ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المزروع . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أنهر الدم بما شئت » ويروى « أفر الأوداج بما شئت » وما رواه محمود على غير المزروع . فإن الحبيشة كانوا يفعلون ذلك ، ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو إخراج الدم وصار كالحجر والحديد . بخلاف غير المزروع لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخقة ، وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدى . ولأن فيه إفساراً على الحيوان وقد أمرنا فيه بالإحسان . قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء أنهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم) فإن المذبوب بهما ميتة لما بينا . ونص محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصاً . وما لم يجد فيه نصاً محتاط في ذلك . فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل . قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء » فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة . وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » ويكره أن يصبجها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال : لقد أردت أن تميتها موتات ، هلا حدتها قبل أن تصبجها » قال (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك

بأن قطع الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضاً فتأمل . قال في العناية : لا يقال الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام . وليس ثمة معهود فيصرف إلى الواحد كما في قوله تعالى - لا يعمل لك النساء من بعد - لأن ماتته ليس أفراداً حقيقة والانصراف إلى الجنس فيها يكون كذلك انتهى . وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث ، فإنه إنما يحمل على الجنس إذا تعذر حمله على الاستفراق وهاتين ليس كذلك انتهى . أقول : ليس لهذا الإيراد مساس بالكلام المذكور في العناية . إذ لم يقل فيها إن الجمع حل هاهنا على الجنس حتى يمكن أن يورد عليه أن المرف بالألف واللام إنما يحمل على الجنس عند أبواب علم الأصول إذا تعذر حمله على الاستفراق ، وهاتين ليس كذلك . بل قال فيها : إن ما نحن فيه ليس أفراداً حقيقة . لأن إطلاقه على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك : أي فيما يكون ماتته من أفراداً حقيقة فصار حاصله في جواز الحمل على الجنس هاهنا فلا يتجه عليه الإيراد المذكور أصلاً (قوله وقال الشافعي : المذبوب ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسِّن فإِنهما مدي الحبيشة ») أقول : هذا الحديث لا يدل على تمام مدعي الشافعي . بل يدل على خلاف مدعاه في البعض . فإن القرن أيضاً داخل في المدعي مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز أكل المذبوب بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسِّن فبقى ما عداهما في حكم المستثنى منه (قوله ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول : فيه بحث . لأنه إن أراد بقوله إنه فعل غير مشروع أنه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة ، وإن أراد بذلك أنه مكروه فهو مسلم . ولكن لانسلم أنه لا يكون ذكاة حينئذ بل هو أيضاً أول المسئلة فإنه مكروه

معنى قوله وما رواه محمود على غير المزروع . وقوله (ولأنه آلة جارحة) جواب عن دليله المعقول . وتقريره : إنا لانسلم أن إنبات الدم بالظفر والسِّن المزروعين غير مشروع . فإنه أي كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو إخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل ، وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها : الليطة بكسر اللام : قشر القصب ، والمروة : الحجر الحاد (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخقة . وقوله صلى الله عليه وسلم « لقد أردت أن تميتها موتات » قيل إنما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح أن التحديد للذبح . وليس كذلك لأن المذبوب لاعقل له . وهو مع كونه سوء أدب ساقط لأن الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج إليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها . والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه ، فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ، ونسبه صاحب

وتؤكل ذبيحته) وفي بعض النسخ : قطع مكان بلغ . والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة . أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت » وتفسيره ما ذكرناه ، وقيل معناه : أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه ، وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب ، وكل ذلك مكروه ، وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منتهى عنه . والحاصل أن ما فيه زيادة إيلاام لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه . ويكره أن يجزأ ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح . وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد : يعني تسكن من الاضطراب ، وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ ، إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال : تؤكل ذبيحته . قال (فإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة . ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج (وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها . قال (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح ، وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لأن ذكاة الاضطراب إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على مامر ، والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول (وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار) لما بينا . وقال مالك : لا يجل بذكاة الاضطراب في الوجهين لأن ذلك نادر . ونحن نقول : المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصير إلى البدل ، كيف ولنا لأنسلم التندرة بل هو

عندنا ، ولكنه ذكاة يجوز أكل المذبوح به كما أفصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون بأكله بأس ، إلا أنه يكره هذا الذبح فلم يخل هذا التعليل المذكور من قبل الشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب : النخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب ، والفتح والغنم لغة في الكسر ، ومن قال هو عرق فقد سها ، إنما ذلك البخاع بالياء يكون في القفا ، ومنه يخ الشاة إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع ، فالبخع أبلغ من النخع انتهى . وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسب إلى المغرب فصاحب العناية كأنه حسب أن صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال : فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ، ونسبه صاحب النهاية إلى السهو وقال : هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب . ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شيء يسمى بالخيط أصلا ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : الرد المذكور مردود ، لأن ما ذكره من العظام والأعصاب والعروق إنما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان ، وله أعضاء أخرى مفردة كالغضروف والرباط والفشاء واللحم والشحم وغير ذلك : ومركبة تركبها أوليا كالعضل ، أو ثانيا كالعين ، أو ثالثا كالوجه ، ثم الرأس مثلا على ما بين كله في كتب الطب ،

النهاية إلى السهو . وقال : هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب . ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ، ومائة شيء يسمى بالخيط أصلا . ثم ذكر المصنف رحمه الله الأصل الجامع في إفادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة . قال (وما استأنس من الصيد) قد مر أن الذبح الاضطرابي بدل عن الاختيار فلا يصير إلى الأول قبل العجز عن الثاني ، وهذا يخرج ما ذكر في الكتاب (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن ذكاة الاضطراب إنما يصار إليه عند العجز (وقال مالك رحمه الله : لا يجل الأكل بذكاة الاضطراب في الوجهين) يعني ما توحش وما تردى ، لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له . قلنا : لأنسلم التندرة ، ولئن كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق

(قوله ورد بأن بدن الحيوان مركب ، إلى قوله : ومائة شيء يسمى بالخيط أصلا) أقول : وفي القاموس : النخاع ثلاثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شمس .

غالب . وفي الكتاب أطلق فيها توحش من النعم . وعن محمد أن الشاة إذا نددت في الصحرَاء فذكاؤها العقر . وإن نددت في المصر لاحتل بالعقر لأنها لاتدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز . والمصر وغيره سواء في البقر والبعر لأنهما يدفعا عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما . وإن نددت في المصر فيتحقق العجز . والصيل كالكند إذا كان لا يقدر على أخذه : حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله . قال (والمستحب في الإبل النحر ، فإن ذبحها جاز ويكره . والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة والاجتماع العروق فيها في النحر وفيها في المذبح . والكراهة لخالفه السنة وهي للمحى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك إنه لا يحل . قال (ومن نحر ناقة أو ذبح بفرة فبرجد نبطها جنيينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة . وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله . وقاد أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الخنيز ذكاة أمه » ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاها ويتنفس بتنفسها . وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها . وإذا كان جزءا منها فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد . وله أنه أصل في الحياة حتى تتصور حياته بعد موته وعند ذلك يفرد بالذكاة ، ولهذا يفرد بإيجاب الغرة ويعتق بإعتاق مضاف إليه ، وتصح الرصية له وبه . وهو حيوان دموي . وما هو المقصود من الذكاة وهو الميزين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم . إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه : بخلاف الجرح في الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصا في مقام مقام الكامل فيه عند اعتذار . وإنما يخال في البيع تحريما لجوازه كي لا يفسد باستثنائه ويعتق بإعتاقها كي لا ينفصل من الحرية ولد رقيق .

فإن أراد بقوله وما ثمه شيء ، يسمى بالخيط أنه ما في الأعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شيء يسمى بالخيط فهو مسلم ، لكن لا يجدي شيئا إذ لم يقل أحد بأن النخاع من تلك الأعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شيء من تلك الأعضاء بالخيط أن لا يكون النخاع خيطا . وإن أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شيء ، يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا . كيف ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط : منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام . ومنها صحاح الجوهرى فإنه قال فيه : وهو الخيط الأبيض الذي في جوف الفقار . ومنها القاموس فإنه قال فيه : والنخاع مثلثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجسم إلى غير ذلك من معبراته كتب اللغة .

(وقوله وفي الكتاب) يريد به القدوري وكلامه واضح . والنحر : قطع العروق عند الصدر . والذبح : قطعها تحت اللحين ، والمستحب في الإبل الأول وفي غيره الثاني ، والعكس يجوز . ويكره لما ذكر في الكتاب (وقوله لمحى في غيره) أى في غير الذبح وهو ترك السنة (وقوله أشعر) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان . وكلامه واضح خلافاً لم يجب عن الحديث الذي استدل به لأنه لا يصلح للاستدلال لأنه روى ذكاة أمه بالرفع والنصب . فإن كان منصوبا فلا إشكال أنه تشبيه . وإن كان مرفوعا فكذلك لأنه أقوى في التشبيه من الأول ، عرف ذلك في علم البيان . قبل وما يدل على ذلك تقديم ذكاة الخنيز كما في قوله :

وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى أن عظم الساق منك دقيق

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل)

قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى غلب من الطيور) « لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل كل ذى غلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع » . وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهايم لا كل ما له غلب أو ناب . والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة . ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بنى آدم كى لا يعلو شيء من هذه الأوصاف النعمة إليهم بالأكل ، ويدخل فيه الضبع والثعلب . فيكون الحديث حجة على الشافعى رحمه الله فى إباحتهما ، والقيل ذو ناب فيكره ، والبربوع

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل)

لما ذكر أحكام الذبائح شرع فى تفصيل المأكول منها وغير المأكول ، إذ المقصود الأصل من شرعية الذبح ، التوصل إلى الأكل . وقدم الذبح لأن وسيلة الشيء تقدم عليه فى الذكر (قوله وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهايم لا كل ما له غلب أو ناب) قال صاحب غاية البيان : وهكذا قرر شيخ الإسلام خواهر زاده فى شرح المبسوط . ثم قال : ولنا فى هذا التقرير نظر لأن الثقات من المحدثين روى الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذى ناب من السباع على كل ذى غلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ، ولو سحت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله من السباع إلى النوعين جميعا ، لأن قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب انتهى . أقول : قوله لأن قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب ليس بتمام . لأن كونه أقرب إنما يقتضى أولوية انصرافه إليه من انصرافه إلى أول النوعين لا إلى النوعين جميعا ، ومدعى الشيخين انصرافه إليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره . والوجه أن يقال : بين النوع الأول بقوله من الطيور وهو يأبى أن يكون البيان المذكور فى ذيل النوع الثانى وهو قوله من السباع مصروفا إلى النوعين جميعا ، إذ المتبادر أن يكون كل من البياتين قيذا لما قرن به من أحد النوعين مذكورا يلزاه الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعى على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة) قال الشراح : الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف

(فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل)

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لأنه المقصود من الذبائح والوسيلة إلى الشيء تقدم عليه فى الذكر وكلامه واضح ، وإنما ذكر أوصاف السبع ليبين على ذلك . قوله (كى لا يعلو شيء من هذه الأوصاف النعمة إليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهايم . قال فى المبسوط : فالمراد بذى الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبايز والعقاب ، ومن ذى الشبة ما ينتهب بنابه من الأرض كالأسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لأن لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعى فى إباحتهما . فإن قيل : يعارضه حديث جابر رضى الله عنه « أنه سئل عن الضبع أصيد هو ؟ فقال نعم ، فقيل أيؤكل لحمه ؟ فقال نعم ، فقيل أى شيء سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال نعم ، فلا يكون حجة . أجيب بأن حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر إن صح ، وقد قيل إنه كان فى الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى - ويحرم عليهم الخبائث - وابن غرس دوية ، والرخم جمع رخة وهو طائر أبلق يشبه النسر فى الحلقة . والبغات مالا يصيد من صفار الطير وضمافه ، وأما الغراب الأسود والأبيض فهو أنواع ثلاثة : نوع

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل)

(قوله إن الاختطاف من فعل الطيور ، والانتهاب من فعل سباع البهايم) أقول : قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودها فى كل سبع (قواء والبغات مالا يصيد من صفار الطير وضمافه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه يصدق على ما يؤكل لحمه أيضا كالمصغور

وابن عرس من السباع الفوام . وكروهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف . قال (ولا بأس بغراب الزرع) لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير . قال (ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف ، وكذا الغداف . وقال أبو حنيفة : لا بأس بأكل العقق) لأنه يخالط فأشبهه الدجاجة . وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب أكله الجيف . قال (ويكره أكل الضبع والضبّ والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا ، وأما الضبّ فلأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سأله عن أكله . وهي حجة على الشافعي في إباحته ، والزنبور من المؤذيات ، والسلحفاة من خبائث الحشرات ولها لا ينبغي على المحرم بقتله شيء ، وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضبّ لأنه منها . قال (ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال)

من فعل الطيور والانتهاج من فعل السباع البهائم انتهى . أقول : فعل هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل غتظف أو منهب إلى آخر ما ذكره ، لأن قوله والسبع كل غتظف منهب يتعبر بجتماع الاختطاف والانتهاج في كل سبيج . وإذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكروهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف) الرخم جمع رخمة . وهو طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الأتوق كذا في الصحاح . والبغاث طائر أبغث إلى الغبرة دوين الرخمة . بطن الطير ان كذا في الصحاح أيضا معزيا إلى ابن السكيت . وقال في القاموس : البغاث مثلثة الأول : طائر أغبر انتهى . قال جمهور الشراح هنا البغاث مالا يصيد من صغار الطير وضعافه . وقال بعض مبهم بعد ذلك : كالعصافير ونحوها . أقول : هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب . أما أولا فلأنه يتناول ما يؤكل لحمه أيضا كالعصافير فلما مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيه خان . وأما ثانيا فلأن كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى ، فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم أن لا يتم قول المصنف لأنهما يأكلان الجيف . نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به هاهنا فإنه قال في ديوان الأدب : البغاث مالا يصيد من الطير . وقال في المغرب : البغاث مالا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها . وقال في الصحاح : قال القراء : بغاث الطير شرارها ومالا يصيد منها انتهى . إلا أن شيئا من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسير لما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين . وإنما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قبلناه مما ذكر في الصحاح أولا معزيا إلى ابن السكيت . وما ذكره في القاموس أيضا تبصر ترشد (قوله وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضبّ لأنه منها) قال صاحب معراج الدراية : أي لأن الضبّ من الحشرات ، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفرادها كما إذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نبيه كل أفرادها

يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف وهو الذي سماه المصنف الأبقع الذي يأكل الجيف وأنه مكروه ، ونوع يغتظ بأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيقظ لا يؤكل . وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلهمة نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة . وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه ، وما خلط كاللدجاج والعقق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الأصح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط . وقوله (أما الضبع فلما ذكرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع : يعني أنه ذو ناب (وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم . وأنه لتأنيث الخبر . فإن قيل : يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال : لم يكن من طعام قوى .

(قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول : قال الزيلعي في شرح التكرار : ونوع يغتظ بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقق فضل هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب (قال المصنف : وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضبّ لأنه منها) أقول : قال المصنف الكاكر : أي لأن الضب من الحشرات ، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفرادها كما إذا قال طبيب لمريض لا تأكل

لما روى خالد بن الوليد رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير » وعن علي رضى الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام أهدر المتعة وحرّم لحوم الحمير الأهلية يوم خيبر » . قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله : لا بأس بأكله لحديث جابر رضى الله عنه أنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمير الأهلية ، وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر » . ولأبي حنيفة قوله تعالى - والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة - خرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها ، والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها ، ولأنه آلة لإرهاب العدو فيكره أكله احتراماً له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة . ولأن في إباحته تقليل آلة الجهاد ، وحديث جابر انتهى .

واقفى أثره العيني . أقول : ليس ذلك بسديد لأن الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات إنما هو من قبيل أن يترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فيسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضاً لامن قبيل أن يترتب الحكم على الجنس فيسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضاً كما توهمه ذاك الشارحان ، فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه إنما نكره الحشرات كلها لأن الضب منها . وقد ورد في كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة . ثم أقول : ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتشبه في إثبات كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى - ويحرم عليهم الغنات - والظاهر أن

فأجد نفسى تعافه فلا أحله ولا أحرمه » وحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال « أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي الآكلين أبو بكر رضى الله عنه » أجب بأن الأصل أن الحاضر والمبيع إذا تعارضا يرجح الحاضر ، على أن المبيع مؤول بما قبل التحريم : ولا تؤكل الحمير الأهلية لما ذكر في الكتاب ، وذنب بشر المربي إلى إباحته ، ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبهاً بما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها سئلت عن ذلك فقلت قوله تعالى - قل لا أجد فيها أوحى إلى محرماً - الآية ، وبحديث غالب بن أبيجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « لم يبق من مالى إلا حيرات ، فقال عليه الصلاة والسلام : كل من ممين مالك » واستدلوا بحل أكل الوحشى وهو ضعيف . أما الآية فليجوز أن يكون قبل حرمة لحم الحمير ، والدليل على ذلك حرمة الأشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها . وأما الحديث فلأنه مؤول بأكلئ منها . وأما الاستدلال فلأن شرطه أن لا يكون الفرع منصوباً عليه والنص الناهى عن لحوم الحمير الأهلية قائم فيطل القياس . قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح . وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها بأنه ترك ذكر الحمل

لحم البعير ، يتناول فيه كل الأفراد انتهى . وفيه بحث (قوله أما الآية فليجوز أن يكون قبل حرمة لحم الحمير) أقول : والدليل عليه أن سورة الأنعام نكية ، وفتح خير كان بعد الهجرة (قال المصنف : ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى - والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة - خرج مخرج الامتنان الأكل من أعلى منافعها الخ) أقول : قال القاضي في تفسيره : واستدل به على حرمة لحومها ، ولا دليل فيه . إذ لا يلزم من تحليل الفعل بما يقصد منه غالباً أن لا يقصد منه غيره أصلاً ، ويدل عليه أن الآية نكية ، وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمير الأهلية حرمت عام خير انتهى . قال الكاكي : فإن قيل : إنما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة . أما لو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا . ولئن سلمنا لكن لانسلم أن منفعة الأكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة . فما قوله منفعة الأكل يتعلق بها البقاء في الحملة فلم ، لكن غيره يسد مسددها وهو الفهم والبقر وغيرها . أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسدده ، فإن الركوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهماً من الغنيمة كالآدمي فيمنع ترك الامتنان في الخيل بالأكل لا يدل على حرمة تركه . كذا الامتنان بنعمة الله والنسل والبيع وحمل الثقل . قلنا : وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء ، بل يتعلق برجع هذه المنافع إلى العباد ، ومنفعة الأكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة . على أننا نقول : إن الركوب والزينة لا يختص بهذه الأشياء ، بل يوسد في غيرها وهو البقر والغنات والإبل ، فلا يكون المقصود منها ذكر

معارض بحديث خالد رضى الله عنه ، والرجيح للمحرّم . ثم قيل : الكراهة عنده كراهة تحريم . وقيل كراهة تنزيه . والأول أصح . وأما لبته فقد قيل : لا بأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد . قال (ولا بأس بأكل الأرنب) لأن النبي عليه الصلاة والسلام أكل منه حين أهدى إليه مشويا وأمر أصحابه رضى الله عنهم بالأكل منه . ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبهه الظبي . قال (وإذا ذبح مالا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدى والخنزير) فإن الذكاة لا تعمل فيهما . أما الآدى فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباج . وقال الشافعي : الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلا . وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الأصل وصار كذبيح المحبوس . ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم . فإذا زالت طهر كما في الدباج . وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المحبوس إمامة في الشرع فلا بد من الدباج . وكما يطهر لحمه يطهر شحمه . حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له . وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل ؟ قيل : لا يجوز اعتبارا بالأكل . وقيل يجوز كالزيت إذا خلطه ودك الميتة ، والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل . قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر . واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان . وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله . والخلاف في الأكل والبيع واحد لم قوله تعالى - أحل لكم

الحشرات كلها من الخيائث فيحتذ بتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه (قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم . وقيل كراهة تنزيه والأول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الأول أصح : لأنه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله : إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه؟ قال التحريم انتهى . أقول فيه نظر . لأن هذا إنما يدل على كون الأول أصح أن لو كان المروى عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسئلة منحصرا في لفظ أكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه ، وليس كذلك بل المروى عنه فيها لفظان : أحدهما لا يعجبني أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه . وثانيهما أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم . فبني اختلاف التريقين اختلاف التفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضا حيث قال متصلا بتعليقه المذكور : ومبني اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروى عنه فإنه روى عنه : رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا بلوح إلى التنزيه . وروى عنه أنه قال : أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف أنه تأمل (قوله لم قوله تعالى - أحل لكم

عليه فينبغي أن لا يحل الحمل عليه وهو فاسد ، فإن الكلام في أن ترك أعلى النعم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى والحمل ليس كذلك . وقوله (والأول) يعني كون الكراهة للتحريم (أصح) لأنه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله : إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه ؟ قال التحريم . ومبني اختلاف المشايخ رحمهم الله في قول أبي حنيفة رحمه الله على اختلاف اللفظ المروى عنه . فإنه روى عنه : رخص بعض العلماء في لحم الخيل . فأما أنا فلا يعجبني أكله . وهذا بلوح إلى التنزيه . وروى عنه أنه قال أكرهه . وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف رحمه الله (قوله ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) واضح . والطاق اسم قاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا . والمراد من السمك الطائي الذي يموت في الماء

المنافع الخاصة بها . ومنفعة الأكل في الخيل فوق الركوب يتعلق ببقاء به دون الركوب . وأما قوله غيره يد سد في تعلق البقاء . قلنا : ذلك لا يخرج عن كون منفعة الأكل فوق منفعة الركوب والزيتة . وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دالة لأنه متى ثبت كونه ركوبا . تنمنا به في ذاته ثبت أنه مال مستقيم وعمل البيع . وفيه كلام لا يخفى .

صيد البحر - من غير فصل ، وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر « هو الطهور ماؤه والحل ميتته » ولأنه لادم في هذه الأشياء إذ الدموى لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك . قلنا : قوله تعالى - ويحرم عليهم الخبثات - وما سوى السمك خبيث . ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع . ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطيد وهو مباح فيما لا يخل ، والميتة المذكورة فيها روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان » أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال قال (ويكره أكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لإطلاق ما رويناه . ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث . ولنا ما روى جابر رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « مانضب عنه الماء فكلوا . وما لفظه الماء فكلوا . وما طفا فلا تأكلوا » وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا . وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة . قال (ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك : لا يخل الجراد إلا أن يقطع الأخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر . ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يلقى به فلا يخل إلا بالقتل كما في سائر . والحجة عليه ما رويناه . وسئل على رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال : كله . وهذا عدل من فصاحته . ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه : بخلاف السمك إذا مات من غير آفة . ولنا خصصناه بالنص الوارد في الطافي : ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يخل كالمأخوذ . وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يخل كالطافي ، وتنسحب عليه فروع كثيرة بينهاها في كفاية انتهى . وعند التأمل يقف المبرز عليها : منها إذا قطع بعضها فمات يخل أكل ما أبين وما بقى ، لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتا فينته حلال . وفي الموت بالحر والبرد روايتان ، والله أعلم .

صيد البحر - من غير فصل (أقول : الظاهر أن ضمير لم راجع إلى جميع من خالفنا في هذه المسئلة على التفصيل المذكور ، إذ لم يذكر فيها بعد سوى دليل أئمتنا . مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتشبه على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والإنسان كما مر ذلك أيضا ، إذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل (قوله ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث) أقول : لا يذهب على القطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بدون المصير إلى إطلاق ذلك الحديث أيضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى تحرير المصنف . بل ينبغي أن يقال لإطلاق ما رويناه وإطلاق حديث حل ميتة البحر .

حتف أنفه من غير سبب فيعملو ، والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك . وقوله (والحجة عليه ما رويناه) يعني قوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان الخ » وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بينهاها في كفاية انتهى) منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فلما توكل لأن ضيق المكان سبب لموتها ، وكذلك إن قتلها طير الماء وغيره . وكذلك إن ماتت في حب ماء لأن ضيق المكان سبب لموتها ، وكذلك إن جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فتفن فيها كذلك ، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب ، وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيئا ألقاه في الماء لتأكل منه فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها ، وهو في معنى ما انحسر

(قال المصنف : وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر) أتول : فيه بحث ، فإن الظاهر أن إضافة ميتة البحر مثل إضافة قتل اللطف في كونها إضافة إلى المكان . وجوابه أن مراده لامادات فيه بغير آفة توفيقا بين الروايتين .

(كتاب الأضحية)

(كتاب الأضحية)

أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن الأضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام . كذا قالوا . أقول : فيه مناقشة هي أنهم إن أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع . إذ قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام إلا في ضمن الخاص . وإن أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في التعقل فهو إنما يكون إذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كذا عرف . وكون الأمر كذلك فيما نحن فيه ممنوع . ويمكن أن يقال : تمييز الذاتي من العرضي إنما يتعسر في الحقائق النفس الأمرية . وأما في الأمور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلًا في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء . ويكون تصور ذلك الشيء بالأمور الداخلة في مفهومه تصورًا له بالكنه . ولا شك أن معنى الذبيح داخل في معنى الأضحية لغة وشرعية فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبيح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل توقف . ثم إن بيان معنى الأضحية لغة وشرعية قد اختلفت فيه عبارات الشراح . فقال صاحب النهاية : أما لغة فالأضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الأضحي انتهى . أقول : فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما . فإن المذكور فيما أن الأضحية شاة تذبح يوم الأضحي ولم يذكر في واحد منها عموم الأضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية . وقال صاحب الغاية ومعراج الدراية : الأضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الأضحي انتهى . أقول : فيه ساجدة ظاهرة . فإنه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحي من مثل الدجاجة والحمامة ونحوها مما لا يطلق عليه لفظ الأضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة . وقال صاحب الكافي والكفاية : هي ما يضحى بها : أي يذبح انتهى . أقول : فيه خلل يبين . فإنه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحي وغيره ، وإنما هذا معنى الذبيحة مطلقا ، ولا شك أن الأضحية أخص منها . ثم قال صاحب النهاية :

عنه الماء . وقال صلى الله عليه وسلم : ما انحسر عنه الماء فكل . وقوله (وفي الموت بالحرّ والبرد روايتان) إحداها أنها تؤكل لأنه مات بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس . والأخرى أنها لا تؤكل لأن الحرّ والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت في الغالب . وأطلق القدوري رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لأحد . وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجل ، وعلى قول محمد رحمه الله يجل . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الأضحية)

أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن التضحية ذبيح خاص والخاص بعد العام . والأضحية في اللغة : اسم ما يذبح في يوم الأضحي وهي أفعولة وكان أصله أضحية اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداها بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء . ويجمع على أضاحي بتشديد الياء . قال الأصمعي : وفيها أربع لغات : أضحية بضم المزة وبكسرهما وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهديّة وهديّا وأضحاة وجمعه أضحي كإطاة وأرطى وقال الفراء الأضحي يذكر ويؤث .

(كتاب الأضحية)

(قوله أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول : الأولى أن يقول : أورد الأضحية عقيب الذبائح لأنها ذبيحة خاصة

وأما شرعا فالأضحية اسم لحوان مخصوص وهو الإبل والبقر والضأن والمز بسنّ مخصوص، وهو الشيء فصاعدا من هذه الأنواع الأربعة . والجلفج من الضأن يذبح بنية القرية في يوم مخصوص وهو يوم الأضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى . وقال صاحب العناية : وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحى انتهى . أقول : يرد على ظاهره أن الأضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لاعن ذبح ذلك الحيوان في ذلك الوقت ، فإن هنا معنى التضحية لا معنى الأضحية ، وقد لوح إليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال : هي في الشريعة ما يذبح في يوم الأضحى بنية القرية . وقال فيما نقل عنه : ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فإنه لم يفرق بين الأضحية والتضحية انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المساعة بناء على ظهور المراد فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبح نفسه ، وهذا كما قيل في تعريف العلم بمحول صورة الشيء في العقل

وفي الشريعة : عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحى . وشرائطها متذكر في أثناء الكلام . وسببها الوقت وهو أيام النحر ، لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به . إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سببا . وكذا إذا لازمه ففكر بتكرره كما عرف في الأصول . ثم إن الأضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر ، وقد أضيف السبب إلى حكمه . يقال يوم الأضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ، ولا نزاع في سببية ذلك ، ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها . لا يقال : لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب ، لأن الشيء شرط الوجوب والفرض علمه ، وهي واجبة بالقدر الممكنة بدليل أن المورس إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضع حتى مضت أيام النحر ثم افتر كان عليه أن يتصدق ببنيها أو بقيتها ولا تسقط عنه الأضحية ، فلو كانت بالقدر الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة . لا يقال : أدنى ما يمكن به المرء من إقامتها تملك قيمة ما يصلح للأضحية ولم يجب إلا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدر الميسرة ، لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر ، وهذا لأنها وظيفة مالية نظرا إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الشيء كما في صدقة الفطر . لا يقال : لو كان كذلك لوجب التملك وليس كذلك ، لأن القرب المالية قد تحصل بالإتلاف كالإعتاق ، والمضحى إن تصدق باللحم فقد حصل الزعان : أعني التملك والإعتلاف يرافقه الدم ، وإن لم يتصدق حصل الأخير . وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول إلى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى

(قوله وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول في مراحج الدراية : المراد من قول أصحابنا الأضحية واجبة للتضحية ، أو على حلف المضاعف كقوله تعالى - ألمج أشهر معلومات - إذ الأنعام توصف بالوجوب للأعيان ، ويعتدل أن يراد حقيقتها ، لأن الأعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب أيضا انتهى . وهذا الكلام منه بعد مفسر الأضحية في عرف الشرع بما ذكره هذا الشارع فقيه ما ترى . ثم اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر ، وهو أن يقول بسنّ مخصوص لئلا ينتقص التعريف (قوله لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه) أقول : بإضافته إليه أو عكسه (قوله إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سببا) أقول : أي أن يكون المضاعف أو المضاعف إليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتر الخ) أقول : فيه أن المشتري إذا كان فقيرا حين اشتراها لم يضع حتى مضت الأيام فكذلك الحكم ، في دلالة ما ذكره على ما هو بحث ، إذ ليس في الفقير قدرة للممكنة ولا ميسرة ، فلذلك للاشتراط بنية الأضحية للقدرة فائتأمل . ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضي الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدر الممكنة وإلا لم تسقط وكان عليه أن يقضي وإن لم يشتر شاة في يوم النحر ، ويقول إنها شبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب ، بخلاف صدقة الفطر ، لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى . وهذا كالصريح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة (قوله لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول : للمائل أن ينقل الكلام إلى صدقة الفطر فيحتاج إلى جواب باسم المادة الاعتراض فليتأمل . وفي شرح المنار العلامة بن فرشته : وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة الفطر ليس ، بل ليصير الموصوف

قال (الأضحية واجبة على كل حرّ مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروابيتين عن أبي يوسف رحمهم الله . وعنه أنها سنة ، ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي . وذكر الطحاوي أن علي بن قول أبي حنيفة واجبة . وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة ، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف . وجه السنة قوله عليه الصلاة والسلام « من أراد

أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المساحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه . وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال : اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسنّ مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه أيضا بأن قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر ، فإن المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الأنواع الأربعة الإبل والبقر والضأن والمز . والمخصوص السني أيضا وهو الثني فصاعدا من الأنواع الأربعة المذكورة والجذع من الضأن وحده ، فلا ينتقض التعريف بشيء . نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيرها لكان أظهر . لكنه مسلك الإجماع اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية . ثم قال صاحب النهاية : وأما شرائطها فنوعان : شرائط الوجوب ، وشرائط الأداء . أما شرائط الوجوب فالإسار الذي يتعلق به وجوب صلقة الفطر والإسلام والوقت وهو أيام النحر . حتى لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لانتجبت الأضحية لأجله . ثم قال : وأما شرائط الأداء فالوقت ، ولو ذهب الوقت تسقط الأضحية ، إلا أن في حق المقيمين بالمصارع يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد . ثم قال : وأما سببها فهو الميهم في هذا الكتاب ، فإن سبب وجوب الأضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر لا في أصول الفقه ولا في فروع . أما الأول فأقول وبالله التوفيق : إن سبب وجوب الأضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب ، وإنما قلنا ذلك لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به ، إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون حادثا بسببه ، وكذا إذا لازم فتنكر فتنكره كما عرف ثم هاهنا تكرر وجوب الأضحية بتكرر الوقت ظاهر . وكذلك الإضافة فإنه يقال يوم الأضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد . وإن كان الأصل هو إضافة الحكم إلى سببه كما في صلاة الظهر . ولكن قد يضاف السبب إلى حكمه كما في يوم الجمعة ، ومثل هذه الإضافة في الأضحية لم توجد في حق المال ، ألا يرى أنه لا يقال أضحية المال ولا مال الأضحية فلا يكون المال سببا انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الوقت لما كان شرط وجوب الأضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سببا لوجوبها . لأن الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطا وسببا لشيء واحد آخر ، إذ قد تقرّر في علم الأصول أن الشرط والسبب قسبان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر ، فإنه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلا إلى المسبب في الجملة . وفي الشرط أن لا يكون موصلا إلى المشروط أصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ، ومن الممتنع أن يكون شيء واحد موصلا إلى شيء واحد آخر . وأن لا يكون موصلا إليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع التقيضين ، وعن هذا قالوا في الصلاة إن الوقت سبب لوجوبها وشرط لأدائها فلم يلزم أن يكون سببا وشرطا بالنسبة إلى شيء واحد (قوله الأضحية واجبة على كل حرّ مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى) قال في العناية أخذنا من النهاية : وهي واجبة بالقدرة الممكنة ، بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول

قال (الأضحية واجبة الخ) كلامه واضح . والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله . وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلاة والصوم فإنهما يختلفان فيها لأن المسافر يلحقه المشقة في أدائها . والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الإسلام ثم نسخ .

به أهل الإغناء ، إذ الإغناء لا يتحقق من غير الغنى الشرعي . فإن قلت : المراد من الإغناء الإغناء عن المشقة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي . قلت : ما دون الغنى الشرعي في حكم العلم ، لأن من لم يتصف به يكون أهلا لأخذ صلقة الفطر فلا يكون أهلا لوجوبها لثاني بينهما انتهى . ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن المأثورة من كتب الأصول فراجع .

أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا ، والتعليل بالإرادة ينافي الوجوب ، ولأنها لو كانت واجبة .

يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية ، فلو كانت بالقدر الميسر لكان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أذى ما يمكن به المرء من إقامتها تملك قيمة ما يصلح للأضحية ولم تجب إلا بملك النصاب ، فدل أن وجوبها بالقدر الميسر لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر ، وهذا لأنها وظيفة مالية نظرا إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر . لا يقال : لو كان كذلك لوجب التملك ، وليس كذلك لأن القرب المالية قد تحصل بالإتلاف كالإعتاق والمضحي إن تصدق باللحم فقد حصل النوعان : أعني التملك والإتلاف بإراقة الدم ، وإن لم يتصدق حصل الأخير ، إلى هنا لفظ العناية . وأعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن المورس إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه : إن المشتري إذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الأيام فكذا الحكم . ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث ، إذ ليس في الفقير قدرة لا يمكن ولا ميسرة . فذلك للاشتراء بنية الأضحية لا للقدرة فليتأمل انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، إذ لا نزاع لأحد في أن علة وجوب الأضحية على المورس هي القدرة على النصاب ، وإنما الكلام هنا في أن القدرة التي تجب بها الأضحية على المورس هل هي القدرة الممكنة أم القدرة الميسرة . فاستدل صاحب النباية على أنها هي القدرة الممكنة بمثله ذكرت في فتاوى قاضيخان . وهي أن المورس إذا اشترى شاة للأضحية في أول أيام النحر فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية . واقتضى أثره صاحب العناية . ولا شك في استقامة هذا الاستدلال ، إذ لو كان وجوبها بالقدر الميسر لكان دوامها شرطا على ما تقرر في علم الأصول . ولا يضره اشتراك المعسر مع المورس في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصديق بعينها أو بقيمتها ، لأن علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الأضحية كما صرحوا به لا القدرة ، وعلة في المورس هي القدرة لا الاشتراء بنية الأضحية كما صرحوا به أيضا ، فيبعد أن تقرر أن علة في المورس هي القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين أن المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة ، على أن اشتراك المعسر مع المورس في حكم تلك المسئلة ممنوع إذ الواجب في صورة إن كان المشتري معسرا هو التصديق بعينها حية لا غير ، بخلاف إن كان مورسا كما سيجيء في الكتاب مفعلا . وقال ذلك البعض : ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بمعنى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدر الممكنة ، وإلا لم تسقط وكان عايه أن يضحي وإن لم يشتر شاة في يوم النحر اه . أقول : وليس هذا أيضا بشيء ، لأن مراد المصنف هناك قوات أداء الأضحية بمعنى الوقت لاسقوطها بالكلية في حق المقيم أيضا ، فإن الأداء وهو تسليم عين الثابت بالأمر يفوت بمعنى الوقت في الواجبات المؤقتة مطلقا ، لأن الوقت شرط لأدائها على ما عرف في أصول الفقه . وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالأمر فلا يسقط بمعنى الوقت ، وإنما الفاتت بمضيه شرف الوقت لا غير ، وهذا أيضا مما عرف في أصول الفقه : وقد تقرر فيه أيضا أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة ، وقد يكون بمثل غير معقول كالقدية للصوم وثواب النفقة للحج ، وعدوا الأضحية من القسم الثاني وقالوا : إن أدائها في وقتها بإراقة الدم وقضاءها بعدمضى وقتها بالتصدق بعينها أو بقيمتها ، فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بمعنى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدر الممكنة غير مسلم ، وقوله وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحي وإن لم يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح ، إذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله وإلا لم تسقط . ولم يقل أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضى وقتها حتى يضح قوله وكان عليه أن يضحي وإن لم يشتر شاة في يوم النحر فإن التضحية لإراقة الدم ، وهي إنما تقبل في وقت الأداء لا بعده ، وإنما الذي يلزم بعده قضاؤها وهو إنما يكون بالتصدق بعينها أو بقيمتها لا بغيره . ثم قال ذلك البعض : وسيقول المصنف إنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال

على المقيم لوجبت على المسافر لأنها لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة . ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام ومن وجد سعة ولم يضح فلا يقرن "صلانا" ، ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ، ولأنها قرينة يضاف إليها وقها . يقال يوم الأضحية : وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود ، والوجوب هو المقضي إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس ، غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة : والمراد بالإرادة فيما روى والله أعلم

قبل مضي أيام النحر كزكاة تسقط بهلاك النصاب ، بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ماطلع الفجر من يوم الفطر انتهى . وهذا كالصريح في أن المعتر فيها هو القدرة الميسرة . إلى هنا كلامه . أقول : وهذا أيضا ساقط جدا : لأن الأضحية إنما تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيا . حتى لو افترض بعد مضيا كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها كما مر بيانه . ووجه ذلك ما تقرّر في علم الأصول من أن وجوب الأداء في الموقتات التي يفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها إنما يثبت آخر الوقت ، إذ هنا يتوجه الخطاب حقيقة لأنه في ذلك الآن يأثم بالترك لاقبائه . حتى إذا مات في الوقت لا شيء عليه . والأضحية من هاتيك الموقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقها ، ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقها لتقرر سبب وجوب أدائها إذ ذاك ، بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيمتها ، بخلاف الزكاة فلها من الواجبات المطابقة دون الموقفة كما نص عليه في علم الأصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا : أي في أي وقت كان لا اعتبار القدرة الميسرة فيها . ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا ينقلب إلى العسر كما عرف في أصول الفقه . فلو كان المعتر في الأضحية أيضا هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الأضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لعمالة ومراد المصنف بقوله الزبور بيان مشابة الأضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الأحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال . ومن اللين فيه قوله من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كزكاة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الأضحية ، وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة . والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام) من وجد سعة ولم يضح فلا يقرن "صلانا" ، ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب (اعترض عليه بقوله

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم ومن ترك سنتي لم تنله شفاعتي .) . أجب بأنه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا ، فإن ترك السنة أصلا حرام قد تجب المقاتلة به : لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام . وقوله (لأن الإضافة للاختصاص) ظاهر . وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص (والوجوب هو المقضي إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب . واعترض بأن السنة أيضا تقضي إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس لأن الناس لا يجتمعون على ترك السنة . وأجيب بأن الوجوب يفرض إليه لاستحقاق العقاب بتركه . وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب : أي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تعين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف : ألا ترى إلى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الأضحية ولا عسرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الأضحية وهو أقوى حرجا من زيادة ثمن الماء . وقوله (والمراد بالإرادة) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام ومن أراد أن يضحي منكهم فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام

(قال المصنف : ومثل هذا الوعيد لا ينفذ بترك غير الواجب) أقول : يمكن أن يمنع ذلك ، كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم « من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقرن صلاتنا » مع أن أكلهما ليس بمحرم طينائل (قوله أجب بأنه محمول على الترك اعتقادا) قل : فيه تأمل

ما هو ضد السهو لا التخيير . والعتيرة منسوخة ، وهى شاة تقام فى رجب على ما قيل ، وإنما اختص الوجوب بالحرية لأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك . والمالك هو الحر ؛ وبالإسلام لكونها قرينة . وبالإقامة لما بينا . واليسار لما روينا من اشتراط السعة ؛ ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر فى الصوم .

صلى الله عليه وسلم « من ترك سنتي لم تنله شفاعتي » وأجيب بأنه عمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً . فإن ترك السنة أصلاً حرام قد نجح المقاتلة به . لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة فى غير الحرام ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضاً بأن يكون المراد بقوله عليه الصلاة والسلام « ولم يضح » هو ترك التضحية اعتقاداً أو تركها أصلاً فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى . ثم قال فى العناية : وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام « كتبت على الأضحية ولم تكب عليكم » وقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا فلها سنة أبيكم إبراهيم » وبأن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة . وأجيب عن الأول بأن المكتوبة القرض . ونحن نقول بأنها غير فرض وإنما هى واجبة . وعن الثانى بأنه مشترك الإلزام ، فإن قوله « ضحوا » أمر وهو للوجوب . وقوله « فلها سنة أبيكم » أى طريقته . فالسنة هى الطريقة المسلوكه فى الدين . وعن الثالث بأنهما كانا لا يضحيان فى حالة الإعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى . أقول : فى تقريره الجواب عن الثانى خلل فإن القول بأنه مشترك الإلزام ليس بصحيح لأنه لما كان قوله ضحوا أمراً وكان الأمر للوجوب وجاز أن تحمل السنة فى قوله « فلها سنة أبيكم » على الطريقة المسلوكه فى الدين وهى تعم الواجب أيضاً تعين جانبنا ولم نشترك فى الإلزام قط ، فالصواب فى تقرير الجواب عن الثانى ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : وقوله ضحوا دليلنا لأنه أمر فيفيد الوجوب ، وقوله فلها سنة أبيكم لا يبنى الوجوب لأن السنة هى الطريقة فى الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى . وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الأول حيث قال : فيه بحث ، فإنه روى الدارقطنى بإسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث كتبت على » وهن لكم تطوع . الحديث انتهى . أقول : المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام « كتبت على الأضحية ولم تكب عليكم » ولا شك فى انتدفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور ، وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطنى لا يقدر فى تمام ذلك الجواب بالنظر إلى ما هو المقصود منه . وإنما يكون ذلك معارضة أخرى لأصل المدعى ، ولعل جمهور الشراح إنما لم يمتثلوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفاً غير صالح للمعارضة لما روينا ، لأن الدارقطنى أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً وجابر الجعفي ضعيف

من أراد من قصد التضحية التى هى واجبة . كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ . وقوله (والعتيرة) جواب عما استشهدوا به . وقوله (على ما قيل) يشير إلى أن فى تفسيرها اختلافاً ، وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر فى الإيضاح أنها عبارة عما إذا ولدت الناقة أو الشاة وذبح أول ولدها فأكل وأطعم ، وهى منسوخة بالأضحية . وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام « كتبت على الأضحية ولم تكب عليكم » وقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا فلها سنة أبيكم إبراهيم » وبأن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة . وأجيب عن الأول بأن المكتوبة القرض ونحن نقول بأنها غير فرض وإنما هى واجبة . وعن الثانى بأنه مشترك الإلزام ، فإن قوله « ضحوا » أمر وهو للوجوب . وقوله « فلها سنة أبيكم » أى طريقته . فالسنة هى الطريقة المسلوكه فى الدين . وعن الثالث بأنهما كانا لا يضحيان فى حالة الإعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين . وقوله (وإنما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشرط المذكورة فى أول الباب . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافرين استحضارها . وقوله (لما روينا)

(قوله وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه روى الدارقطنى بإسناده عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام قال « ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع » الحديث .

وبالوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به . وسنين مقداره إن شاء الله تعالى . وتجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه ، وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر . وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله . وروى عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية . بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس بونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قرينة مختصة . والأصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وإن كان يجب عنه صدقة فطره ، وإن كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله . وقال محمد وزفر والشافعي رحمه الله : يضحى من مال نفسه لامن مال الصغير . فالخلاف في هذا كالحلاف في صدقة الفطر . وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا . لأن هذه القرينة تأدئ بالإراقة والصدقة بعدها تطرح . ولا يجوز ذلك من مال الصغير . ولا يمكنه أن يأكل كله . والأصح أن يضحى من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويتناع بما بقي ما ينتفع بعينه . قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد . لأن الإراقة واحدة وهي القرينة . إلا أنا تركناه بالأثر وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال « نخزنا مع رسول الله صلى الله والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة » . ولا نص في الشاة . فبقى على أصل القياس . وتجوز عن

كما ذكره أهل الحديث . وقال صاحب التنقيح : وروى من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى (قوله وبالوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به) أقول : هنا شائبة مصادرة . لأن قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله وإنما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى : وإنما اختص وجوب الأضحية بالوقت الذي هو يوم الأضحى لأنها أي الأضحية مختصة به : أي بذلك الوقت فيقول إلى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى . لا يقال : المذكور في العلة اختصاص الأضحية نفسها بذلك الوقت ، والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الأضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الأضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الأضحية به ولا مصادرة فيه . لأننا نقول : لا معنى لاختصاص الأضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به إذ لا شك في إمكان عمل التضحية في جميع الأوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لأنها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم المحذور المذكور ، وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وإنما اختص الوجوب بالحرية الخ ، والتقييد بالحرية لأنها قرينة مالية مفتقرة إلى الملك والحر هو المالك ثم قال : والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الأضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه . فإن قلت : يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وإنما اختص الوجوب بالحرية وإنما اختصه القدرى في مختصره بالحرية على أن يكون كلمة اختص مبنيًا لتفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لأنها مختصة به أنها مختصة به في الشرع ، فاللازم تعليل تخصيص القدرى وجوب الأضحية بالوقت باختصاص الأضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه . قلت : فيحتمل بصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة النفر . فإن المقصود بيان الاختصاص الشرعى ، وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالإسلام وبالإقامة وبالبسار . وعلى المعنى

إشارة إلى قوله « من وجد سعة ولم يضح » الحديث . وقوله (سنين مقداره) أي مقدار الوقت . وقوله (لا تجب عن ولده) يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا إذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية . وعليه الفتوى . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه . وقوله (والأصح أن يضحى من ماله) أي من مال الصغير (ويأكل) أي الصغير من الأضحية التي هي من ماله ما أمكنه ويتناع بما بقي ما ينتفع بعينه) كالغراب والنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الإسلام . وهكذا روى ابن مبيعة عن محمد رحمه الله . وقيل ذلك يصح في جلد الأضحية من غير خلاف أحد ، وأما في لحمها فليس له إلا أن يطعم أو يأكل . قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة) كلامه واضح .

سنة أو خمسة أو ثلاثة ، ذكره محمد رحمه الله في الأصل ، لأنه لما جاز عن السبعة فمعهم دونهم أولى ، ولا تجوز عن ثمانية أخذنا بالقياس فيما لانص فيه وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ، ولا تجوز عن الكل لاتعدام وصف القرية في البعض . وسنبيته إن شاء الله تعالى . وقال مالك : تجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ، ولا تجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه الصلاة والسلام « على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيبة قلنا : المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن البسار له يؤيده ما يروى « على كل مسلم في كل عام أضحية وعتيبة » ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الأصح ، لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعاً ، وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون ، ولو اقتسموا جزافاً لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتباراً بالبيع . قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحساناً) وفي القياس لا يجوز ، وهو قول زفر لأنه أعدّها للقرية فيمنع عن بيعها تماماً والاشترائك هذه صفة . وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سميعة يشترى بها ولا يظنر بالشركاء وقت البيع ، وإنما يطلبهم بعده فكانت الحاجة إليه ماسة فجزواه دفعا للحرج ، وقد أمكن لأن بالشراء للتضحية لا يمنع البيع ، والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف ، وعن صورة الرجوع في القرية . وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا . قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا ، وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين ، وعن عليّ : ليس على المسافر جمعة ولا أضحية . قال (ووقت الأضحية يدخل بطول الفجر من يوم النحر ، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد ، فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام

المذكور يلزم أن يكون المبين والمحلل ما مجرد تخصيص القلوري وجوبها بالوقيت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشيء أصلاً ، ولا يتجنى ما فيه (قوله ووقت الأضحية يدخل بطول الفجر من يوم النحر . إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد) قال صاحب النهاية : وهذه العبارة تشير إلى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة في المصر لا يزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت . أقول : في هذا إشكال . لأن الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الأصل في هذه المسئلة وكذا سائر الأحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شيء منها على دخول وقت الأضحية بطول الفجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار . بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة فمن أين أخذ دخول وقتها بطول الفجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار أيضاً . وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فلا إشكال

قوله (وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز) كما إذا مات وترك امرأة وابناً وبقرة فضحياها يوم العيد لم يجز ، لأن نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن أيضاً . وقوله (يجوز في الأصح) احتراز عن قول بعض المشايخ رحمه الله إنه لا يجوز لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الأضحية ، وإذا لم يجز البعض لم يجز الباقى . وجه الأصح ما ذكره في الكتاب وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصلر الشهيد رحمهما الله . وقوله (إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد) بأن يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الأكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس . وقوله (اعتباراً بالبيع) لأن في القصة معنى التخليك فلم يجز مجازة عند وجود القدر والجنس . وقوله (وقد أمكن) يعنى دفع الحرج لأن بالشراء للتضحية لا يمنع البيع ، ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثله لم يكن بأس . (وقوله لما بينا) أراد به قوله لأنه أعدّها للقرية فيمنع عن بيعها إلى آخره .

(قوله ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلاً لم يكن به بأس) أقول : فيه بحث .

من ذُبِح شاة قبل الصلاة فليعد ذبيحته ، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين . وقال عليه الصلاة والسلام : إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية . غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصرى دون أهل السواد . لأن التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة . ولا معنى للتأخير في حق القروى ولا صلاة عليه . وما روينا حجة على مالك والشافعى رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام . ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية . حتى لو كانت في السواد والمضحى في المصر يجوز كما انشق الفجر ، ولو كان على العكس لايجوز إلا بعد الصلاة . وحيلة المصرى إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر . لأنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لامكان الفاعل اعتباراً بها . بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر . ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحساناً لأنها صلاة معتبرة . حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه . وقيل هو جائز قياساً واستحساناً .

باق ، لأنه إذ لم تتأد الأضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل الأمصار بل لم يمكن أدائها قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فامعنى جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتاً للأضحية في حق أهل الأمصار أيضاً ، وما ثمة ذلك ؟ والظاهر أن ثمة كون وقت ما وقت الواجب صحة أداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا أقل من إمكان أدائه فيه فاقبل . ثم إن صاحب الوقاية قال في تحرير هذه المسئلة : وأول وقتها بعد الصلاة إن ذبح في مصر . بعد طلوع فجر يوم النحر إن ذبح في غيره ، وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى . ورد عليه الإصلاح والإيضاح حيث قال في مئته : وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر ، وآخره قبيل غروب اليوم الثالث . وشرط تقديم الصلاة عليها إن ذبح في مصر . وإن ذبح في غيره لا . وقال فيما نقل عنه في الحاشية : هذا من المواضع التي أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يخاف بحسب مكان الفعل ولم يقبله له تاج الشريعة . انتهى كلامه . أقول : لا خطأ في كلام تاج الشريعة أصلاً . فإن مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها لا أول وقت وجوبها ، ولا شك أنه إذا كان تقديم الصلاة عليه شرطاً في حق أهل الأمصار كان أول وقت أدائها في حقهم بعد الصلاة . وإن كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جداً عبارة الإمام قاضىخان في فتاواه حيث قال : ووقت الأداء لمن كان في المصر بعد فراغ الإمام عن صلاة العيد انتهى (قوله ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحساناً لأنه صلاته معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم) قال الشراح : قوله أجزأه استحساناً يشير إلى أنه لا يجوز قياساً ، وذلك لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك . فإنه قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة من وجه فوقع الشك ، وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط . ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى . أقول : هنا بحث . وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذى ذكره . لأن كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافى كون صلاة أهل الجبانة أيضاً صلاة معتبرة . كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح في أن

وقوله (وما روينا حجة على مالك والشافعى رحمهما الله) إشارة إلى قوله (ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين) فإنه بإطلاقه يتناول ما قبل نحر الإمام وما بعده . وقوله (ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الإمام بالناس إلى الجبانة ويستخلف من يصلى بالضعفة بالجامع هكذا فعله على رضى الله عنه حين قدم الكوفة . وقوله (أجزأه استحساناً) يشير إلى أنه لا يجوز قياساً . لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز . وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط . ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب . وقوله (وقيل هو جائز) أى العكس جائز قياساً واستحساناً . والفرق أن المسنون في العيد هو

قال (وهى جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي : ثلاثة أيام بعده لقوله عليه الصلاة والسلام : أيام التشريق كلها أيام ذبيح ولنا ما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا : أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه ساعا لأن الرأي لا يتهدى إلى المقادير ، وفي الأخبار تعارض فأخذنا بالتبني وهو الأقل ، وأفضلها أولها كما قالوا ولأن فيه مسارعة إلى أداء القرية وهو الأصل إلا لمعارض . ويجوز الذبيح في لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل . وأيام النحر ثلاثة . وأيام التشريق ثلاثة ، والكل بمعنى بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير . والمتوسطان نحر وتشريق ، والتضحية فيها أفضل من التصديق بضمن الأضحية لأنها تقع واجبة أوسنة ، والتصديق تطوع محض فتفضل عليه ، ولأنها تفوت بفوات وقتها . والصدقة يؤتى بها في الأوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاق (ولولم يضح حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الأضحية تصديق بها حية وإن كان غنيا تصديق بقيمة

صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة وإلا لم يجز العكس ، فإذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد إحدى الصلاتين قبل الأخرى واقتضى الأخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها ، فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكره فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب مسألة الكتاب (قوله وهى جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول : لقائل أن يقول : إن قوله ويومان بعده يشعر بأنها ليسا من أيام النحر لأن معناه ويومان بعد يوم النحر . والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر ، وقد قال فيها بعد أيام النحر ثلاثة . والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض ، واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وإنما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب . والتحقيق أن يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم ليوم الأول من أيام النحر وهو يوم العيد ، وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين الذين بعده على السوية ، فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولولم يضح حتى مضت أيام النحر ، إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الأضحية تصديق بها حية) قال في معراج الدراية : قيد الإيجاب

الخروج إلى الجبانة ، وأهل الجبانة هم الأصل وقد صاوا فيجوز قياسا واستحسانا . قال (وهى جائزة في ثلاثة أيام النحر) كلامه واضح . قوله (ويجوز الذبيح في لياليها) أى في ليالي أيام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الأولى وهى ليلة العاشر من ذى الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر ، لأن وقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ، ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر ، فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه ، وإنما جازت في الليل لأن الليالي تبيع للأيام ، وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب . وقوله (والتضحية فيها) أى في أيام النحر (أفضل من التصديق بضمن الأضحية) أما في حق المومنين فلا تجزى واجبة في ظاهر الرواية أوسنة في أحد قولى أبي يوسف رحمه الله ، والتصديق بالتمتع محض ، ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع ، وأما في حق المعسر فلا تجزى فيها جمعا بين التقرب بإيالة الدم ، والتصديق والإيالة قرينة تفوت بفوات هذه الأيام ، ولا شك أن الجمع بين القريتين أفضل ، وهذا الدليل يشمل الغنى والفقير ، وتشبيه بالصلاة والطواف ظاهر ، فإن الطواف في حق الآفاق لفواته أفضل من صلاة التطوع التي لا تفوت ، بخلاف المكى فإن الصلاة في حقه أفضل (ولولم يضح حتى مضت أيام النحر . إن كان أوجب على نفسه) بأن عين شاة فقال : لله على أن أضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا أو غنيا (أو كان) المضحي (فقيرا) وقد اشترى شاة بنية الأضحية تصديق بها حية وإن كان (من لم يضح (غنيا) ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة

(قوله ولا شك أن الجمع بين القريتين) أقول : لا يوافق المشرح ، إذ لا تعرض فيه للجمع بين القريتين فإنه يصلح دليلا مستقلا من غير اعتبار فواته بفوات الأيام . ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى .

شاة اشترى أو لم يشتر) لأنها واجبة على الغنى . وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا . فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق إخراجا له عن العهدة ، كالجمعة تقضى بعد فوائها ظهرا . والصوم بعد العجز فدية . قال (ولا يضحي بالعمياء والعوراء التي لا تمشي إلى المنسك ولا المعجزة) لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تجزئ في الضحايا أربعة : العوراء اللين عورها والعرجاء اللين عرجها والمريضة اللين مرضها . والمعجزة التي لا تنقي » قال (ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب . أما الأذن فلقوله عليه الصلاة والسلام « استشفروا العين والأذن » أن اطلبوا سلامتها . وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود فصار كالأذن . قال (ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها ، وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز) لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل

على نفسه غير مفيد . لأنه لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى . أقول : ليس ذلك بسديد . لأن الحكم هنا هو التصديق بها حية ، وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه . فإن الحكم هناك هو التصديق بقيمتها لا التصديق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله (وإن كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) (قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق إخراجا له عن العهدة ، كالجمعة تقضى بعد فوائها ظهرا ، والصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية في شرح هذا المثل : فإذا فات وقت التقرب بالإراقة والحق مستحق وجب التصديق بالعين أو القيمة إخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فوائها ظهرا ، والصوم بعد العجز فدية ، والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء ينسج خلاف جنس الأداء انتهى . وردت عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصديق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم . ومرد المصنف التصديق بالقيمة لغنى الغير الموجب كما لا يخفى انتهى . أقول : ذلك ساقط إذ لا نسلم أنه لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ، لأن الاعتبار بهما من حيث أن القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء ينسج خلاف جنس الأداء . ولا يذهب على ذى فطنة أن هذا المعنى متحقق في التصديق بالعين أيضا . لأن الواجب عليه في الأداء إراقة الدم ، والتصديق ليس من جنس الإراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين . ثم إن كون مراد المصنف بالتصدق في قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق هو التصديق بالقيمة لغنى الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن المصنف جدا . إذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما إذا كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترأها بنية الأضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في إفادة حق المقام بلا ضرورة . سوحاشى له من ذلك . فالحق أن مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصديق بالعين وبالقيمة كما أشار إليه صاحب العناية بقوله وجب التصديق بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحي بالعمياء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية : لما ذكر ما يجوز به الأضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الأضحية انتهى .

اشترى أو لم يشتر لأنها واجبة على الغنى) عينا أو لم يعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فإذا فات وقت التقرب بالإراقة) والحق مستحق (وجب التصديق بالعين أو القيمة) إخراجا له عن العهدة . كالجمعة تقضى بعد فوائها ظهرا ، والصوم بعد العجز فدية (والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء ينسج خلاف جنس الأداء . قال (ولا يضحي بالعمياء والعوراء) هذا بيان ما لا يجوز به الأضحية به . والأصل فيه أن العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع . لأن الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب ، واليسير مالا أثر له في لحمها ، وللعور أثر في ذلك لأنه لا يبصر بعين واحدة من الملف ما يبصر بعينين ، وقلة الملف تورث المزال ، والحديث المذكور دال على ذلك . والعرجاء اللين عرجها : هي مالا يمكنها المشي برجلها العرجاء ،

(قوله وجب التصديق بالعين) أقول : لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ، ومراد المصنف بالتصدق بالقيمة لغنى الغير الموجب كما لا يخفى (قوله والحديث المذكور دال على ذلك) أقول : أشار بذلك إلى قوله والأصل فيه أن العيب الفاحش مانع الخ .

عفوا . واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر . ففي الجامع الصغير عنه : وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الإلية الثلث أو أقل أجزأه ، وإن كان أكثر لم يجزه لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير ، فذا الورثة فاعتبر قليلا . وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا . ويروى عنه الربع لأنه يحكى حكاية النحال على مامر في الصلاة . ويروى الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية « الثلث والثالث كثير » وقال أبو يوسف ومحمد : إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث . وقال أبو يوسف : أخبرت بقول أبي حنيفة . فقال قولي هو قولك . قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف ، وقيل معناه قولي قريب من قولك . وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ، ثم معرفة المقدار في غير العين ميسر . وفي العين قالوا : تشد العين المغمية بعد أن لا تغلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلا قليلا ، فإذا رأتها من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عنها الصحيحة وتقرب إليها العلف قليلا قليلا حتى إذا رأتها من مكان أعلم عليه ، ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما ، فإن كان ثلثا فالذهب الثلث . وإن كان نصفا فالنصف . قال (ويجوز أن يضحى بالجماء) وهي التي لا قرن لها ، لأن القرن لا يتعلق به مقصود ، وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصى) لأن لحمها أطيب وقد صح « أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موقوعين » (والثولاء) وهي المجنونة ، وقيل هذا إذا كانت تغلف لأنه لا يخل بالمقصود . أما إذا كانت لا تغلف فلا تجزئه . والجرباء إن كانت سمينة جاز لأن الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم . وإن كانت مهزولة لا يجوز لأن الجرب في اللحم فانتقص . وأما الهباء وهي التي لا أسنان لها ؛ فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلّة . وعنه إن بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود . والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقة

أقول : هذا ليس بسديد . إذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الأضحية ، وإنما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحى بالجماء ، والخصى ، والثولاء إلى آخره . والذي ذكره فيما قبل إنما هو صفة الأضحية من الوجوب أو السنية وشرائطها من الحرية والإسلام ونحوها ، ومن وجبت عليه الأضحية وعدد من ينبع عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة وأول وقت الأضحية وعدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الأمور من الفروع والأحكام كما حققه من قبل ، ولعل صاحب العناية تداركه حيث قال في شرح هذا المقام : هذا بيان ما لا يجوز التضحية به ، ولم يتعرض لذكر ما يجوز التضحية به (قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر الخ) أقول : تطبيق هذه الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسألة الكتاب مشكل ، لأن عبارتها أكثر أذنها وذنبها بصيغة التفضيل والإضافة إلى الأذن والذنب ، وهي تقتضى أن يكون الجزء الباقي منها أقل ، وهذا

وإنما تنشئ بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وتستعين بها جاز . والعجاء : التي لا تنقي : هي التي ليس لها نقي : أي مخ من شدة العجف . وبقيّة كلامه واضح . قوله (وقيل معناه قولي قريب من قولك) أي قولي الأول وهو أن الأكثر من الثلث مانع لاما دونه أقرب إلى قولك الذي هو أن الأكثر من النصف إذا بقي أجزأه بالنسبة إلى قول من يقول إن الربع أو الثلث مانع . وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان ، وقد تقدم وجه ذلك في انكشاف العضو في أول الكتاب . وقوله (لأن القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالإبل جائزة ولا قرن له ، والكبش الأملح مافيه ملحمة ، وهي يياض

(قال المصنف : وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين) أقول : (إطلاق القطع بالعين لعله بطريق التثنية) (قال المصنف : فاعتبر كثيرا) أقول : الذي يعطى له حكم الكل هو الأكثر لا الكثير فلا يتم التصريح .

لا تجوز ، لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فقديم الأذن أولى (وهذا) الذى ذكرنا (إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء . ولو اشتراها سليمة ثم تعبت بعيب مانع إن كان غنيا عليه غيرها . وإن فقيرا تجزئه هذه) لأن الوجوب على الغنى بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به . وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية فتعينت ، ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما فى نصاب الزكاة . وعن هذا الأصل قالوا : إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شئ على الفقير . ولو ضات أو سرت فاشترى أخرى ثم ظهرت الأولى فى أيام النحر على الموسر ذبح لإحداهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا) عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله : لأن حالة الذبح ومقدماته ماحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو تعينت فى هذه الحالة فانضلت ثم أخذت من فورده . وكذا بعد فورده عند محمد خلافا لأبى يوسف) لأنه حصل بمقدمات الذبح . قال (والأضحية من الإبل والبقر والغنم)

غير متحقق فى شئ من هذه الروايات عنه . أما فى رواية الربيع ورواية الثالث فظاهر ، إذ لا شك أن الربيع ليس بأكثر من ثلاثة أرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين . وأما فى رواية الأكثر من الثلث فلا أن الأكثر من الثلث إذ لم يتجاوز النصف لم يصر أكثر الكل ، وفى رواية الأكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول إلى النصف . بل اعتبر الزيادة على الثلث فى الجملة فلم يلزم فى عدم الإجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الأذن والذنب . فكيف يربط قوله واختلف الرواية عن أبى حنيفة فى مقدار الأكثر بما قبله من مسألة الكتاب . فإن قلت : ليس المراد بالأكثر فى عبارة مسألة الكتاب معنى التفضيل . بل هو بمعنى الكثير كما يرشد إليه قول المصنف فى بيان وجه رواية الأكثر من الثلث : وفيما زاد لا لتنفذ إلا برضاها فاعتبر كثيرا . وقوله فى بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث الوصية « الثلث والثلث كثير » ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالإضافة إلى الجزء الباقى وإلا يعود المحذور ، بل المراد به الكثير فى نفسه . والإضافة إلى الأذن والذنب لمجرد بيان محل

يشوبه شعيرات سود . والوجه نوع من الخصاء : وهو أن ترض العروق من غير إخراج الخصيتين . وقوله (فتعنت) يعنى هذه الشاة المشتراة للأضحية . وقوله (كما فى نصاب الزكاة) فإنه إذا قص بعد ما وجبت الزكاة فيه سقط بقدره ولا يضمه رب المال لأن النقصان لم يكن بفعله ، والجامع بينهما أن محل الوجوب فيما جريا المال لا للذة . فإذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الأصل) يعنى كون الوجوب على الغنى بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس . وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لأن الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد . وهذا الذى ذكره من الأصل يوافق ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المشتري إذا كان موسرا لا تنصير واجبة بالشراء بنية الأضحية باتفاق الروايات . وإن كان مسعرا فى ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تجب . وروى الزعفرانى عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النواذر . وقوله (فانكسرت رجلها) من باب ذكر الخصاص وإرادة العام : فإنه إذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الإضجاع لا الذبح كان الحكم كذلك ، وإنما قيد الإجزاء بالاستحسان لأن وجه القياس بخلافه ، لأن تأدى الواجب بالتضحية لا بالإضجاع وهى معيبة عندهما فصار كما لو كانت كذلك قبله . وقوله (لأنه حصل بمقدمات الذبح) دليل محمد . ودليل أبى يوسف رحمهما الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذى تعينت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذى وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر . قال (والأضحية من الإبل والبقر والغنم) كلامه واضح ، وقيد بقوله فى مذهب الفقهاء لأن عند أهل اللغة الجذع من الشيا مآمت لها سنة . كذا فى النهاية . وقوله لأنها هى الأصل فى التبعة لأنه جزؤها ولعلنا يتبعها فى الرق والحرية . وهذا لأن المنفصل من الفحل هو الماء . وأنه غير محل لهذا الحكم ،

(قوله من باب ذكر الخصاص وإرادة العام فإنه الخ) أقول : بنية أنه دلالة فيما ذكره على ما ادعاء . لأنه يعلم حكم سائر العيوب المانعة طريق المقايسة .

لأنها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه الصلاة والسلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم . قال (ويجزئ من ذلك كله الثني فصاعدا ، إلا الضأن فإن الجذع منه يجزئ) لقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن » وقال عليه الصلاة والسلام « نعمت الأضحية الجذع من الضأن » قالوا : وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشبه على الناظر من بعيد . والجذع من الضأن ماتمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء . وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر . والثني منها ومن المعزسة . ومن البقرابن سنتين ، ومن الإبل ابن خمس سنين . ويدخل في البقر الجاموس لأنه من جنسه . والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم لأنها هي الأصل في التبعية ، حتى إذا نزا الذنب على الشاة يضحى بالولد . قال (وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فأت أحدهم قبل النحر وقالت الورثة ادبوها عنه وعنكم أجزأهم . وإن كان شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة . لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية وإن اختلفت جهاتها كأضحية والقران والمتمعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القرية ، وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول لأن التضحية عن الغير عرفت قرية ، ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته على ماروبنا من قبل ، ولم يوجد في الوجه الثاني لأن النصراني ليس من أهلها ، وكذا قصد اللحم ينافيها . وإذا لم يقع البعض قرية والإراقة لا تتجزأ في حق القرية لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز ، وهذا الذي ذكره استحسان . والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف ، لأنه تبرع بالإتلاف فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت ، لكننا نقول : القرية قد تقع عن الميت كالتصدق ، بخلاف الإعتاق لأن فيه إلزام الولاء على الميت (فلو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قرية (ولومات واحد منهم فليجها الباقيون بغير إذن الورثة لا تجزئهم) لأنه لم يقع بعضها قرية ، وفيما تقدم وجد الإذن من الورثة فكان قرية . قال (ويأكل من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء ويأخر) لقوله عليه الصلاة والسلام « كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضحية فكلوا »

الكثرة . فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسألة الكتاب . قلت : شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارية عن اللام والإنافة ومن كما تقر في موضعه . وفي عبارة مسألة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تبريدها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ، ولئن أعضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لأن للأكثر حكم الكل بقاء ، وهذا على تقدير أن يحمل الأكثر على الكثير المطلق ، إذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وهذا ما لم يأخذ بالأذن والذنب باقيا وذاها في حالة واحدة . فإما إذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه ،

والمتمصل من الأم هو الحيوان وهو على له فاعتبرها قوله (لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية) لأن النص ورد على خلاف القياس في ذلك . فإن قيل : النص ورد في الأضحية فكيف يجوز مع اختلاف جهات القرية كالأضحية والقران والمتمعة ؟ قلنا : اعتمد على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافها . لكننا نقول : إذا كانت الجهات قريبا اتحد معناها من حيث كونها قرية فجاز الإلحاق . بخلاف ما إذا كان بعضها غير قرية فإنه ليس في معناها ، وإذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزئ . وقوله (لما بينا أنه قرية) يشير إلى وجه الاستحسان . وفي القياس لا يجوز لأن الإراقة لا تتجزأ . وبعض الإراقة وقع نفلا وأولهما فصار الكل كذلك ، ولم يعكس لأن الواجب قد يقلب تطوعا بخلاف العكس والإراقة قد تصير للحوم مع نية القرية إذا لم تصادف عملها أو كانت في غير وقت الأضحية ، والإراقة للحوم لا تصير قرية بخال . قال (ويأكل من لحم الأضحية الخ) الأضحية إما أن

منها وادخروا - ومنى جاز أكله وهو غنى جاز أن يؤكله غنيا . قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لأن الجهات ثلاثة : الأكل والادخار لما روينا ، والإطعام لقوله تعالى « وأطعموا القانع والمعتّر » فانقسم عليها أثلاثا . قال (ويتصدق بجلدها) لأنه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنطع والجراب والغراب ونحوها ، لأن الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع به في البيت مع بقاءه) استحسانا ، وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل ، ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلل (والأبازير) اعتبارا بالبيع بالدرهم . والمعنى فيه أنه تصرف على قصد الخول . والاعم بمنزلة الجلد في الصحيح ، فلو باع الجلد أو اللحم بالدرهم أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق بشمته . لأن القرية انتقلت إلى بدله . وقوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحجه فلا أضحجه له » يفيد كراهة البيع ، البيع جائز لقيام الملك والتمتددة على التسليم . قال (ولا يعطى أجرة الجزار من الأضحية) لقوله عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله عنه « تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئا » والذى عند نبي عن النبي أيضا لأنه في معنى البيع . قال (ويكره أن يجز صوف أضحجه وينتفع به قبل أن يذبحها) لأنه لا يزم إقامة القرية بجميع أجزائها ، بخلاف ما بعد الذبح لأنه أقيمته القرية بها كفا في الحديث . ويكره أن يذبح لينها فينتفع به كما في الصوف . قال (والأفضل أن يذبح أضحجه بيده إن كان يحسن الذبح) وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره . وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشدها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام إفاطمة رضى الله عنها « قوى فاشهدى أضحيتك . فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمه كل ذنب » قال (ويكره أن

كما إذا ذهب ربعها أو ثلثها أو أكثر من ثلثها في الحملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكيم المتضادين تأمل تفق (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لأن الجهات ثلاثة : الأكل والادخار لما روينا . والإطعام لقوله تعالى « وأطعموا القانع والمعتّر » فانقسم عليها أثلاثا) أقول : لقائل أن يقول : الأمر المطلق لا وجوب عند أكثر العلماء كما تقرّر في علم الأصول ، فالظاهر من قوله تعالى « وأطعموا القانع والمعتّر » وجوب الإطعام ، والمدعى استحبابه فليتأمل في الجواب (قوله ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع به في البيت مع بقاءه استحسانا . وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل) أقول : لقائل أن يقول : إنه تحليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحجه فلا أضحجه له » فإنه يتناول بإطلاقه بيع الجلد بما ينتفع به مع بقاءه أيضا ، والتحليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرّر في أصول الفقه فليتأمل في الدفع (قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلل والأبازير اعتبارا بالبيع بالدرهم . والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول : فيه بحث . أما أولا فلأن اعتبار ذلك بالبيع بالدرهم غير واضح ، فإن الدرهم بما لا ينتفع به فيها أصلا . آتى لا مع بقائها

تكون منفورة أولا ، فإن كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب . وإن كان الأول فليس لناسحها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الأغنياء لأن سبيلها التصديق . وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته . ولو أكل فعليه قيمة ما أكل . وقوله (لما روينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « فكلوا منها وادخروا » والقانع : هو السائل . من القنوع لا من القناعة . والمعتّر : هو الذى يتعرّض للسؤال ولا يسأل . وقوله (كالخلل) بالخاء المعجمة والمهمل (والأبازير) التوابل جمع أبار بالفتح . وقوله (في الصحيح) احترازا عما قبل إنه ليس في اللحم إلا الأكل والإطعام . فلو باع بشىء ينتفع به بعينه لا يجوز . والصحيح ما قال شيخ الإسلام إن اللحم بمنزلة الجلد ، إن باعه بشىء ينتفع به بعينه جاز . وروى ابن سماعة عن محمد وجهما الله أنه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه . وقوله (لأن القرية انتقلت إلى بدله) لأن تملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق إلا جهة القرية وسبيلها التصديق . وقوله (لأنه في معنى البيع) لأن كل واحد عقد معاوضة . قوله (من دمه كل ذنب ، تمام الحديث) أما أنه يجاء بدمها

يُذَبِّحُهَا (الكتابي) لأنه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها، فلو أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة، والقربة أقيمت بإنابته ونيته. بخلاف ما إذا أمر المجوسي لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفسادا. قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضامن عليهما) وهذا استحسان. وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمته، ولا يخرجه عن الأضحية في القياس وهو قول زفروني الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح. وهو قولنا. وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن، كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب. وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعنيها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها في أيام النحر. ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة لأنها نفوت بمضى هذه الأيام. وعساه يعجز عن إقامتها بعوارض فصار كما إذا ذبح شاة شبد القصاب رجلها. فإن قيل: يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به. قلنا: يحصل له به مستحبان آخران، صبر ورته مضحيا لما عينته، وكونه معجلا به فيرضيه. ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية، وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرتة فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا، ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على النكانون والحطب تحته، أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه. أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته فسقط في الطريق فأوقد هو النار فيه وطبخه. أو ساق الدابة فطحنها، أو أعانته على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما، أو حمل على دابته ماسقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الإذن دلالة. إذا ثبت هذا فنقول في مسئلة الكتاب: ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا. فيأخذ كل واحد منهما مساوغة

ولا بعد استهلاكها، وإنما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التحول لا غير، بخلاف مثل الخل والأبازير فإنه مما ينتفع به. وإن كان ذلك بعد استهلاكه، فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التحول، والانتفاع بنفس جلد الأضحية غير محرم فكذا يبدله. وأما ثانيا فلأن عدم جواز بيع جلد الأضحية بالدرهم إنما ثبت بخلاف القياس على مانص عليه صاحب غاية البيان، فإنه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقاءه بأنه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل، لأن البدل له حكم المبدل. قال: فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدرهم أيضا. إلا أننا تركنا القياس بقوله عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله عنه ولا تعط أجر الجزار منها، فإذا أعطى أجر الجزار منها يصير بائع اللحم والجلد بالدرهم وقد ثبت المنع عنه: بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى. وإذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والأبازير على عدم جواز بيعه بالدرهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدرهم: وقد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معلولا عن القياس. فالأظهر أن يترك القياس على البيع بالدرهم في تحليل هذه المسئلة، ويقال في تحليلها لأنه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقاءه كما مر. وقد أشار إليه صاحب البدائع حيث قال: وله أن يبيع هذه الأشياء بما يمكن الانتفاع به

ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدري رضى الله عنه: هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة؟ فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة، وللمسلمين عامة. وقوله (حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها في أيام النحر) أي فيها إذا كان المضحى فقيرا (ويكره أن يبدل بها غيرها) أي فيها إذا كان غنيا قال صاحب الثبابة: هكذا وجدت بخط شيخني رحمه الله. وقوله (فصار كما لو باع أضحيته) يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بقيمتها غيرها، فلو كان غيرها أنقص

من صاحبه، ولا يضمنه لأنه وكيله فيما فعل دلالة، فإذا كانا قد أكلا ثم غامسا فليجبال كل واحد منهما صاحبه ويجزئهما، لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز، وإن كان غنيا فكذا له أن يخله في الانتهاء وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لأنها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته، وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له. ومن أثلف لحم أضحية غيره كان الحكم مذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته لأنه ملكها بسابق الغصب،

مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل، لأن البئيل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام البئيل. فبخان البئيل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد، بخلاف البيع بالدرهم أو الدنانير لأن ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى (قوله فصار كما لو باع أضحيته) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام: يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها، فلو كان غيرها أنقص من الأولى تصدق بما فضل على الثانية، ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله انتهى. أقول: قد تكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين، فزادوا في الصورة الأولى اشترى غيرها بثمنها، واعتبروا التصديق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله، وزادوا في الصورة الثانية مضى أيام النحر. وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك. وليس في المقام ما يقتضى شيئا منها كما لا يخفى، مع أن الأمر في معنى هذا الكلام على طرف التمام بحاله على حذف مضاف: أي كما لو باع لحم أضحيته، فيكون المراد به الإشارة إلى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدرهم أو بما لا ينفع به إلا بأسلاكه تصدق بثمنه تدبير (قوله ومن أثلف لحم أضحية غيره كان الحكم مذكرناه) قال في العناية. وقوله ومن أثلف لحم أضحية غيره متصل بقوله وإن تشاحا: يعني إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما ملحقا لحم أضحية صاحبه. ومن أثلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه مذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى. أقول: ليس هذا التوجيه بوجيه، فإن قول المصنف فإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه مسألة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها، وفي الترجمة المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وإن تشاحا وضم إليه نال مغاير لتال المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا: فصار إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما ملحقا لحم أضحية صاحبه. وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة، ومن أثلف لحم أضحية غيره كان الحكم مذكرناه. ولا يخفى ما فيه. والحق عندي أن قول المصنف ومن أثلف لحم أضحية غيره كان الحكم مذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له، فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى. ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه، ففنى الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي أثلفه بالأكل لصاحبه لا لنفسه. ومن أثلف لحم أضحية غيره كان الحكم مذكرناه من تضمين صاحبه إياه

من الأولى تصدق بما فضل على الثانية: ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله. وقوله (ومن أثلف لحم أضحية غيره) متصل بقوله وإن تشاحا: يعني إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما ملحقا لحم أضحية صاحبه. ومن أثلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه مذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه. وقوله (لأنه ملكها بسابق الغصب) يعني فكانت التضحية واردة على ملكه. وهذا يكتفى في التضحية. لا يقال: الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالإراقة والإراقة قد فانت لأنها عبارة عن فعل المضحي. لأننا نقول: الإراقة ليست من المملوك لأنها ليست صفة للشاة ليصبح أن يقال

بخلاف مالو أودع شاة فضحى بها لأنه يضمه بالذبح فلم يثبت الملك له إلا بعد الذبح ، والله أعلم .

قيمة لحمه ، وليت شعري أن صاحب التوجيه الأول ماذا يصنع في حق قول المصنف ، وهذا لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشيء آخر غير أصل المسئلة ، فانظر وتبصر هل يتيسر شيء من ذلك ؟

ظهر الاستناد فيها أولا يظهر ، فإن الملك يثبت في الشاة المذبوحة ويستند إلى وقت الغصب فتكون الإرافة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال المصنف : بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لأن يضمه بالذبح فلا يثبت الملك له إلا بعد الذبح) أقول : قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : أقول بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالإضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح انتهى . وأجاب عنه صاحب الدرر بأن حقيقة النصب كما تقرر في موضعه إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة ، وغاية ما يوجد في الإضجاع وشد الرجل لإثبات اليد المبطلة ، ولا يحصل به إزالة اليد المحقة ، وإنما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب إليه الجمهور انتهى . وإن شئت فراجع في كتاب الغصب ونحن نقول : الأول في الجواب أن يقال : قد سبق أن مقدمات الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليتأمل . وأجاب الفاضل المحشى يعقوب بإشا عن إشكال صدر الشريعة أيضا بأن يقال : إن النصب وإن وجد بمقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح ، لأن الإضجاع وشد الرجل قد يكونان لا بالذبح ، لأن الحفظ يجب على المودع فلا يمين النصب إلا بالذبح ، بخلاف الغصب ابتداء ، فإن الغصب هنا يمين قبل الذبح ، كذا قيل ، ولا يخفى ما فيه فليتأمل انتهى كلام يعقوب بإشا .

ثم الجزء التاسع ، ويليه الجزء العاشر ، وأوله :
(كتاب الكراهية)

فهرس

الجزء التاسع

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى

صحيفة	صحيفة
١٧١ باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله	٣ كتاب العارية
١٨٠ فصل وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه النخ	١٨ كتاب الهبة
١٨٤ فصل وإذا ولدت المكاتبه من المولى النخ	٣٨ باب الرجوع فى الهبة
١٩٤ باب من يكاتب عن العبد	٥٠ فصل ومن وهب جارية إلا حملها النخ
١٩٧ باب كتابة العبد المشترك	٥٦ فصل فى الصدقة
٢٠٦ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى	٥٧ كتاب الإجارات
٢١٧ كتاب الولاء	٦٥ باب الأجر متى يستحق ؟
٢٢٨ فصل فى ولأء الموالاة	٧٨ فصل ومن استأجر رجلا ليذهب إلى
٢٣٢ كتاب الإكراه	البصرة النخ
٢٣٨ فصل وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب	٧٩ باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا
الخمير النخ	فيها
٢٥٣ كتاب الحجر	٩١ باب الإجارة الفاسدة
٢٥٩ باب الحجر للفساد	١٢٠ باب ضمان الأجير
٢٦٩ فصل فى حد البلوغ	١٣٠ باب الإجارة على أحد الشرطين
٢٧١ باب الحجر بسبب الدين	١٣٦ باب إجارة العبد
٢٨٠ كتاب المأذون	١٤٢ باب الاختلاف فى الإجارة
٣١٠ فصل وإذا أذن ولى الصبي للصبي فى التجارة	١٤٤ باب فسخ الإجارة
النخ	١٤٩ مسائل منثورة
٣١٥ كتاب الغصب	١٥٢ كتاب المكاتب
٣٣٢ فصل فيما يتغير بعمل الغاصب	١٦١ فصل فى الكتابة الفاسدة

صحيفة	صحيفة
٣٤٥ فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ	٤٢٥ كتاب القسمة
٣٥٨ فصل في غصب مالا يتقوم	٤٣٥ فصل فيما يقسم وما لا يقسم
٣٦٨ كتاب الشفعة	٤٣٩ فصل في كيفية القسمة
٣٨٢ باب طلب الشفعة والخصومة فيها	٤٤٧ باب دعوى الغلط في القسمة الخ
٣٩٠ فصل في مسائل الاختلاف	٤٥٠ فصل وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه
٣٩٣ فصل فيما يؤخذ به المشفوع	٤٥٥ فصل في المهايأة
٣٩٨ فصل وإذا بنى المشتري فيها أو غرس الخ	٤٦٢ كتاب المزارعة
٤٠٣ باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب	٤٨١ كتاب المساقاة
٤١٣ باب ما يبطل به الشفعة	٤٨٤ كتاب الدبائح
٤٢٠ فصل وإذا باع دارا إلا مقدار ذراع منها الخ	٤٩٩ فصل فيما يحل أكله وما لا يحل
٤٢٢ مسائل متفرقة	٥٠٤ كتاب الأضحية